

باب اقرار المريض

أفرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح وأخره لأن المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل في مرض موته الخ) إذا مرض المدينون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استم ملكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة أو أقر في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقربة (وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الادل) إذا الغرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر الرجل الى قوله مقدم) أقول التعسير عن المقربة تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على انه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة الى قوله ومنا كحة)

أقول المسمى عام لما ثبت بالاقرار وبالعاينة والدليل خاص فينبغي أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمنا كحة يدل على كون الاقرار سبب المالك عند الشافعي على ما ذهب اليه بعض أصحابنا لدليله على ما هو المختار وأشار اليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن الادل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو ان ظاهر هذا الكلام لا يوافق المشروح

5505

ومن يتوكل على الله
فهو حسبه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحة وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروفين بالاسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وأفرد به باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استم ملكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروفين بالاسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه الى ههنا لنظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

لوصفي أقول المسمى عام لما ثبت بالاقرار وبالعاينة والدليل خاص فينبغي أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمنا كحة يدل على كون الاقرار سبب المالك عند الشافعي على ما ذهب اليه بعض أصحابنا لدليله على ما هو المختار وأشار اليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن الادل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو ان ظاهر هذا الكلام لا يوافق المشروح

فصار كأنشاء التصرف مبايعة أو منة كحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار
عن الزاجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض نفسه
لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيناء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلاً اذا (٣) احاطت الدين بحاله وبالزيادة على الثلث
اذالم يكن عليه دين وفي هذا
التوضيح جواب عما دعي
الشافعي من الاستواء بين
حال الصحة والمرض فانه
لو كانتا متساويتين لما
منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما في حال
الصحة فان قيل الاقرار
بالوارث في المرض صحيح
وقد تضمن ابطال حق
بقية الورثة أوجب بأن
استحقاق الوارث المال
بالنسب والموت جميعاً
فلاستحقاق يضاف الى
آخرهما وجودا وهو الموت
بخلاف الدين فانه يجب
بالاقرار لا بالموت

ومحمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر
دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث

لوصف العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزاد جهته ربحان الصدق لان المرض سبب
الدور عن المعاصي والالتابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة
قبول الاقرار فيه أو فرقاً في الشروع واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه
الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في
الصحة فلا يطابق المدعي كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أقام مساواة
دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أقام مساواته للدين الثابت بالمعينة أيضاً بناء على عدم
الفائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطابق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقر في علم الاصول وأراد
بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المذمعي عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعينة والدليل
خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لاحاصل له ههنا لانه ان
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار
في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس يخرج اذ لا يلزم
من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأول على الثاني وان
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين
الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة
لدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك
الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين
المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعي وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين
اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحمل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين
المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوباً باستويا
استيفاء (وصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة) أي صار اقراره في المرض كأنشاء التصرف
بالبيع والتمكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذلك ههنا (ولنا أن الاقرار
لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالأورهن أو أجزاً ثم
أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتين والمستأجر لتعلق حقه بمأبى (وفي اقرار المريض ذلك)
أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من
حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث) قال صاحب

قال المصنف (لان حق
غرماء الصحة الخ) أقول
وبه نذا يخرج الجواب عن
قوله ومحمل الوجوب الذمة
فان الدين يتعلق بالمال
عند الموت لخرباب الذمة
وسبب الموت المرض
فيسند حكم الخرباب الى
أول المرض ويصير كأن
الدين متعلق بالمال عند
الافرار اليه أشير في
المبسوط قال المصنف
(ولهذا منع من التبرع
الخ) أقول التفرع
بظاهره غير مستقيم كالا

يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقرير بالاولوية وهو ان المرض
لما يتعلق بحاله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الامن الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا ينبغي
فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اهـ وأنت خبير بأن عدم استقامة التقرير به باق بعد

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بغير المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى واقفي أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحابة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذا الظاهر من قواه ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بمقتضى وقوع النكحة في سياق النفي فيمنع تصير معنى كلام المصنف وتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلاً ولا يخفى أن هذا معنى لغوي ينافى آخره لأنه اذا لم يكن على المريض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ما ذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم يخط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً أي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلاً لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحابة لا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فإنه لو كانت متساوية لكانت بمنع من التبرع والمحابة في حال المرض كما لا يمنع عنه في حال الصحة (أقول) برده أنه يقال لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحابة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكأن الامام الزياطي تبين لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحابة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفریطاً لان منعه من التبرع والمحابة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم يخط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا يخفى عنه في تنقيح الكلام ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نهى عليه آنفاً فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف الى آخره مما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت اذا رجع بعده الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمن شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالنسب ولا طريق للناسل الا بالنكاح والمرع غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاعذية (وهو) أي النكاح (بغير المثل) هذه جملة حاله يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بغير المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض القضاة فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقاً (أقول) كون

من الحوائج الاصلية والمرع غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاعذية (قوله وهو بغير المثل) يجوز أن يكون حاله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بغير المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا لالحال فان الحال بما لا يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) أقول يجب ان قضاء الدين أيضاً من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين ههنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليمتأمل (قوله وهو بغير المثل) أقول هذه جملة معترضة (قوله يجوز أن يكون حالاً) أقول يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه

فعدم حتى المترتبة وتصير
مثل دين الصحة (لا يقدم
أحدهما على الآخر
لما بينا) أنه من الشرائع
الاصولية يعنى في النكاح
ولم تهم في ثبوته في غيره
قال (ولو أقر بعين في
يده لا ينزل به) الاقرار
بالبين في المرض كالاقرار
بالبين فيه يمنع عن ذلك
تعلق حق الغرماء بالعين
(ولا يجوز للمريض أن يقضى
دين بعض الغرماء دون بعض)
سواء كانوا غرماء للصحة أو
المرض أو محتاطين (لأن في
ذلك إبطال حق الباقيين)
فلا يصح فإن فصل ذلك لم
يسلم المقبوض للقباض بل
يكون بين الغرماء بالحصص
عندنا وقال الشافعي سلم له
ذلك لأن المريض ناظر
لنفسه فيما يصنع فرجما
يقضى من يخاف أن لا يسامحه
بالإبراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والتصرف على
وجه النظر غير مردود
والجواب ان النظر لنفسه
انما يصح اذا لم يبطل حق غيره
(قوله ولا تهم في ثبوته في
غيره) أقول فيه بحث فان
الظاهر من كلام المصنف
ان قوله لا تهم في ثبوتها بم
النكاح وغیره قال
الاتقاني قوله لما بينا اشارة
الى قوله اذا المعان لا مرد له
اه وفيه بحث أيضا

أو تزوج امرأته بمثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين
في يده لا ينزل به حتى في حق غرماء الصحة لتعلق حقه به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء
دون البعض لأن في إتيان البعض إبطال حق الباقيين
بما بينا القاضي أبو البينة (أو تزوج امرأته بمثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استملكه
بحسب المعنى كأنه قال أو هو بمثل امرأته تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة بالاسباب (أقول)
الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثل أيضا والا كان مما ثبت باقرار
المريض فلا يصح مثلا لما يقدم عليه من الديون المعروفة بالاسباب واذا كان ذلك شرطا في هذا
أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجبته (وهذا الدين) يعنى
الدين اللازم في المرض بأسباب معاملة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به
الى قوله لأنه لا تهم في ثبوتها فان تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تنشى في الدين اللازم في
المرض بأسباب معاملة بناء على ان المعان لا مرد له وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون
فيه إبطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله
اذا المعان لا مرد له (أقول) ليس هذا بام لان تلك العلة أعني قوله اذا المعان لا مرد له لا تنشى فيما اذا
ثبت دين الصحة بالاقرار اذا ثبت بقاء قرار ليس من المعان فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين
الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب الغاية لما بينا انه من الحوائج الاصولية يعنى في النكاح
ولا تهم في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لأنه لا تهم في ثبوتها
مع قرينه في الذكروته للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى
به في شرح قوله ههنا لما بينا فيصير الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لأنه لا تهم في ثبوتها او الى قوله في بعيد
بخلاف النكاح لان من الحوائج الاصولية وهو غير المثل كما يقتضيه تقرير صاحب الغاية وقال صاحب
النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لأنه من الحوائج الاصولية وقوله لأنه لا تهم في ثبوتها
(أقول) ان أراد أن قوله لما بينا اشارة الى قوله المذكورين في الموضع عين بطريق التوزيع كما فرده
صاحب الغاية فيرد عليهم ما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان أراد انه اشارة الى قوله
المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لتكون الديون
المعروفة بالاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس يصحح لان قوله لأنه من
الحوائج الاصولية وهو غير المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج
الاصولية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين في يده لا آخر) سواء كانت العين أمانة
أو مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقه به) أى بما أقر به ذكر المصنف هذه
المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين قيمه
(ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة
أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال في تعليها (لان في إتيان البعض إبطال حق الباقيين)
وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقباض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص
عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض الملقبض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع
فرجما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى في مرضه
وقد علم بالبيضة قال (فاذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وفضل شيء يصرف الى ما أقرب به في حالة
المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال
(وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير محدود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض
في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة بالاسباب سواء في
عدم جواز ايشار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشترك السكل وتساوهم في تعلق حقهم
بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن
يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض
فالمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقدت ما اشترى في مرضه)
أي نقدت في مرضه عن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبيضة) أي والحال أنه قد علم وجوب
كل واحد من القضاء والنقد بالبيضة أو بمعانية القاضى في ذلك يجوز أن يخص المريض المقرض
والبائع بقضاء دينه ما وسلم المقبوض له ما ولا يشاركه ما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء
بطل انما حوله من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالضرورة والمالية لم تفت
بالحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أ كان يمنع
سلامته للرد وعليه حق غرماء الصحة لا يمنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البذل حكم البذل
قال في النهاية وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة
أن يشاركهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والمبايع ويشاركون المرأة والا جبر لأن المريض
بقضاء دين المقرض والمبايع لم يبطل حق غرماء الصحة ما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض
لا في أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليهو في
حقوقهم كان له ذلك فأما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أ بطل حق غرماء الصحة عن عين المال
وعن ماليتته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم
وعنده بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وابسته ولاية الابطال انتهى (قال) أي القدر الذي في مختصره
(فاذا قضيت) على صيغة المجهول وقسم المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة)
وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وفضل شيء) هذا من
كلام القدر الذي يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقرب به في حالة
المرض) قال المصنف في تعليقه (لان الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودره عن
أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه منهم ما في حق الغير
(فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي حجة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدر الذي في مختصره
(وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في
تعليقه (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد تضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ
اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون
لزومة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة مقدمة أيضا
على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فانظروا أن لا يجوز اقراره وان
يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو ما استقرضه في مرضه أو نقدت ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبيضة أو بالمعانية جاز وسلم المقبوض للقباض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أ كان يمنع سلامته للرد وعليه حق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البذل حكم البذل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وفضل شيء صرف الى ما أقرب به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقدت ما اشترى) أقول يعني نقدت في مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) أقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقيصة الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة) أقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فإن قيل السرعة قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجب بأن ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار الاجنبى ليس من ذلك كما سيأتى (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) وأقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الآن يصدق به بقيصة الورثة وقال الشافعي في أحد قوليه يصح)

(قوله كما سيأتى) أقول في آخر الصحيفة

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والاثري مثله كالخبر لانه من المقدوات فلا يدركه بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لا ندري في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمرو وكذا روى في الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والسكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولما ماروى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما منهم ما قالوا إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشرح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول إن كان قضاء الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيعبر بالفرق بين الدين الثابت بأقرار المريض وبين الدين اللازم بمنا كتحته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الأصلية وهو بمنزلة المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت بأقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ولو كان فضل شيء من التركة بعد قضاءها وأما إذا تحقق قاولم يفضل شيء من التركة بعد قضاءها فلا يكون الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وذلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بمساوئها لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفع بقضائهما بخلاف النكاح فإن علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة إمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم ينسكح به عدم ظهور ثبوت الاول إمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعين لا مرد له لعدم كون الاول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فنأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرح حوايه وعن هذا قال صاحب النهاية وهو بإطلاقه يتناول العيين والدين (الآن يصدق فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور والطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم يهتم ويبطل إذا اهتم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يتقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن يذليهم أن يزد في نصيبه ويهتم أن يزد

لأنه اظهر الحق ثابت لترجيح جانب الصدق فيه (بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكائه رقبته) فصار كالقرار
لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها
ومات وأتذكر ببقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له (٥) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

للمتمة ولا تتم عنه هنا
ألا ترى انه ان كذبناه
فجات وجب الضمان أيضا
في تركته لانه مات مجبه
(ولما قوله صلى الله عليه
وسلم لا وصية لوارث ولا
اقراره بالدين) وهو نص في
الباب لكن شمس الأئمة قال
هذه الزيادة غير مشهورة
والمشهور قول ابن عمر رضي
الله عنهم ما أراد به ما روى عنه
اذا أقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه
جائز وان أحاط ذلك بعالمه
وان أقر لوارث فهو باطل
الا أن يصدق الورثة به
أخذ علماءنا أن قول
الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه اظهر
حق ثابت الخ) أقول فيه
دلالة على ان الاقرار
مظهر عنه سده أيضا لاسباب
لوجوب كما يفهم من تقرير
دليله المذكور في أول
الباب واعمل فيه قولين
عن الشافعي كما عن أصحابنا
أويقدر المضاف هناك
والمعنى لاستواء عيني
ظهورهما (قوله ألا ترى
أنه ان كذبناه فجات وجب

لأنه اظهر الحق ثابت لترجيح جانب الصدق فيه وصار كالقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة
للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين

في نصيها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لان هذا الاقرار (اظهر
حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترجيح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال
فان حال المريض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الجرح عن الاقرار به (وصار)
هذا الاقرار (كالقرار لاجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقرب لجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن
وصول شيء من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالقرار باستهلاك ووديعة معروفة
للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب
أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأتذكر ذلك سائر الورثة فان اقرار
المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أننا لو لم نعتبر
اقراره بصير كانه مات مجبه لافيجب الضمان فلا يقدرداقراره ولان تصرف المريض انما يرد للمتمة ولا
تمة في المعايضة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعايضة في المسئلة المذكورة انما
هو ايداع الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو
المفروض في هاتين المسئلتين فبقى الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول
كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد
للمتمة لا لحال فيه ولا تمة في هذا ألا ترى أنا اذا كذبناه فجات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات
مجبه لانتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تتم تمة في هذا
ففهموا أن وجه عدم التمة فيه ثبوته بالمعايضة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر
سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجبه لا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب
العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع
الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لانه وانما الصواب أن يذكر
مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي عاين فيه على تلك المسئلة المذكورة
كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين) رواه الدارقطني في
سننه عن نوح بن دراج عن أبان بن تميم عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين قال شمس الأئمة السر خفي في مبسوطه ووجبتنا في ذلك قوله عليه
الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما
المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط
ذلك بعالمه وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدق الورثة به أخذ علماءنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذلك قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف
من الصحابة فيكون اجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

(٣ - تسكلة سابع) الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك
وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه
الدارقطني كذا قال الاتقاني (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني
أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولأنه تعلق حق الورثة بعالمه في مرضه ولهذا منع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة سبب التعلق الآن هذا التعلق لم يظهر في

عليه وسلم والأثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ما غايدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومثلاً ناعم بطلان إقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعى الأهم الآن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كناية المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بعالمه في مرضه ولهذا منع) أي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة (أصلاً) أي بالنكيسة (ففي تخصيص البعض به) أي في تخصيص البعض الورثة بعالمه (إبطال حق الباقيين) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جوار عليهم فيردون ذلك كرهيناً ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فأنافذ كرهيناً ما صرحوا به عن الميسر والاسرار فإن قيل حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً بالمرض تردد وجهه الصدق لأن الباعث الشرعي ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا الإقرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر وفيه إبطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الإبقوله وهو ممتهم فيه لجواز أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لأنه غير ممتهم فيه لأنه عاقل إيصال النفع إليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرد في تحصيل المقصود به إنشاء لا يتمكن التهمة في إقراره فكذلك في الكفاية ومعراج الدراية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنهم (سبب تعلق حق الإقرار بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلاخصص (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قوله) (ولأنه تعلق حق الورثة بعالمه في مرضه ولهذا منع من التبرع على الوارث أصلاً) ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين) وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجبتنا به عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنهم (سبب تعلق حق الإقرار بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلاخصص (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول منعاً كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف (ففي تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله وله - هذا الخ فإنه كان دليلاً أنيا وهذا دليل على (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة النكحة لانه لو اشترع عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا اشتراك مع الوارث لانه يستحي من المما كسة معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا (لم يظهرفي حق الاقرار

بوارث آخر الحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق بحق بقيمة الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (وإذا أقر لاجنبي جاز الخ) وإذا أقر المريض لاجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وكانت المسئلة معاومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تنهيذا للذكر القياس والاستحسان فإن القياس لا يقتضي جواز ذلك لا مقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما هو إلا أنا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فلهذا الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم إلى أن يأتي على الكل فإن قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه ماله من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل فالجواب أن الثلث بعد

والدين محل التصرف للمريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث عابده وليس الثلث بعهد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محل الدس الا فاقترفا

(قوله كما صر) أقول في آخر الصحيفة السابقة

قال (ومن أقر لا جنبي الخ) المتصور اما أن لا يكون وارثا لمريض أو يكون وارثا لو ارث اما مستقرا أو غير مستقر وغير المستقر اما أن يكون وارثا لماله الاقرار غير وارث حالة الموت نجب أو غيره واما أن يكون وارثا لماله الموت غير وارث حالة الاقرار نجب أو لغيره والغيره فاما أن يكون سبب الارث ثلثا (١٣) يستند الى وقت العلوق ولا واما أن يكون أعني غير المستقر وارثا في الجنين غير

وارث يثبت له الثلث ثمانية أوجه فثبت لم يكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستقرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا سلة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء نجب كما اذا اقر لا خيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الزك الكافر أو أعتق الرقيق صح الاقرار بانفق بين أصح ابنا لان الزاوية بالموت فان لم يكن عنده وارثا كان كالا جنبي وان كان لغيره أي لغير النجب كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث

قال (ومن أقر لا جنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق ان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبين اقراره لا جنبيه قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه)

منها أحد عشر وفي جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزآن الباقيين لعدم امكان التجزؤ في شئ منهما وأما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحنكاء فكذلك لان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل القطع بغيره الجزء للكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لاننا نقول فيثبت ذلك التقریب لان المدعى جواز الاقرار لا جنبي وان أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذ لم يكن عليه دين فانه لا يجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور وفيه لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم إلى أن يأتي على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فاقترعا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر لا جنبي) في مرضه بماله (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل اقراره) بالمال (فان أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلت لهما أيضا وقال زفر بطل الاقرار لهما أيضا لانها وارثة له عند الموت حصلت التهمة وهي المعتر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المسئلتين (ان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فبين أنه أقر لابنه فلا يصح) يعني ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فبين بذلك أن اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج) يعني أن الزوجية اذا ثبت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبين اقراره لا جنبيه) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تعليل بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فلا قرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صارت بها وارثا في ثلثي الحال وليس هذا كالذي أقر لاهلته ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنته هذا اذا طلقها بسلها وان طلقها بلاسلها فلها الميراث بالغنا ما بلغ ولا يصح الاقرار لهما لانها وارثة اذ هو فات وقصد بينهما في طلاق المريض انتهى وقال نجيم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والموضعان صحيحان والحكم بينهما واحد على ما قرر في الجامع والمحيط غير أنه لو لا الاقرار غنى الوضع الاول لثمة اذ مات في العتدة وفي الوضع الثاني لاثمة ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها

(قوله وما لغيره) أقول أي لغير النجب (قوله واما أن يكون) أقول معطوف على قوله واما أن يكون وارثا لماله الموت وهذا القول معطوف على قوله اما أن يكون وارثا حالة الاقرار (قوله كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها في اية هذه الصورة يتدرج فانه لم يتدرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا لماله الاقرار

لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها و باب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزياة على ميراثها ولا تهمة في الأقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا لحالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لغيره باعتبار الحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح (١٣) كما اذا أقر لاجنبيه ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين موت الحاحب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانهم لم تكن وارثة قبل الزواج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه قبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبيه ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسيط كما اذا أقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانما اثر بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فمالم يكن ليس بمستند كما اذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا اوجب سبب الوراثه عند الاقرار وجعت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانما تم ضمان فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زياة على ميراثها ولا تهمة في أقل الامر ين فيثبت

(فصل) (ومن أقر بغير غلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروفي أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما صرح في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيمة هناك عما قبله الزيلعي ههنا ولا يرى للتعقيد فائدة سوى الاختراع عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اتى بتبعات عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل أتبنا وحدث المسئلة المزبورة مذ كورة مع الحكم المسفور وحدثها مقيمة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فانما ظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتعقيد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقياس المذكور والآن أنه فسر ما حيث جعلها مائلا لما اذا كان المقر له وارثا لحالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بدين لا يخفى قال المصنف في تغليل مسئلة الكتاب (لأنهما) أي الزوجين (متمان فيه) أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فأقراره لها جائز (و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أي فله الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زياة على ميراثها) فوقع التهمة في اقراره (ولا تهمة في أقل الامر ين فيثبت) أي أقل الامر ين قال علماء الدين الأسجياي في شرح الكافي ولو أقر لأخر أنه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ونحوها غراماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاء فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم ياتقان قضاها والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوسة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوسة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

(فصل في بيان الاقرار بالنسب) قد اختلف الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أورد الثاني بقصد على حدة لانفراد بعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغير غلام يولد مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني ههنا في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروفي) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه)

أوراثه عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار (فصل) ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله) كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه قبطل اقراره (أقول) والاقرار لابن المحرم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من

هذا القبيل عنده على ما يجي في كتاب الوصية (فصل) ومن أقر بغير غلام

وان كان حريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لئلا كي لا يكون مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمنع بالمرض لان النسب من الخواج الأصلية (و يشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (حريضا) الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان حريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولد مثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل القسح بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذا لا يشترط في لزوم ما أقربه هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول) تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فامل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا اظهر الوجه وهو الحق عدى ادلائل انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له في الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو تقع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الخواج الأصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تمة كلام القدوري في مختصره أي ويشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي صرح بها في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعبران (أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة ههنا معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة بعتمتها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات النساوي (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن بشرط ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أختا ولا أربع سواها نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا الذي يمكن ولاؤه فباستمرار الغير لان الولاء معتزلة بالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية أعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

شرائط أن يكون يواستله لئلا كي لا يكون مكذبا في الظاهر وأن لا يكون الوالد ثابت النسب اذ لو كان لا يمنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الخواج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه محمله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان اقراره به مؤلا في حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا وجه التأخير وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره قال المصنف (ويجوز اقرار الرجل الخ) أقول وفيه بحث فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحمیل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ به القيد فلا يظهر وجه لا ثبات هذا ونفي ذلك فليأمل

لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتهى (١٥) المانع فوجب القول بجوازه وهذا

الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالألم كحجته بالأب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والابيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بحجته وقد عرفت صحة بدلالة الدليل المذكور في إقراره بالألم كحجته بالأب ثم قال قال صاحب النهاية المذكور عليه إذا لوجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بحجته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالألم ممنوعة فإن من شرائط صحة إقراره بالألم تصديق الأم بآبائه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فإذا لم يجز تصديقها بآبائها لم يجز إقرارها بهما الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشرط وأما ثانياً فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالألم انما نشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الأصول فلما لم يجز إقراره بالألم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فإن الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وراز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعه على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعرض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد فإن إقرارها بالولد يصبح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لا نسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالتنسب إليه أيضاً وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالتنسب إليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المقررة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها ويستوى في صحة الإقرار بالأشياء المسد كورة حالة الصحة وحالة المرض لأن حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حقي الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حقي الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولاء لا يتعلق به حقي الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل إقرار المرأة بالولد وإن صدقها (لأن فيه) أي في إقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لأن النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الأن يصدقها الزوج)

لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتهى (١٥) المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالألم كحجته بالأب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والابيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بحجته وقد عرفت صحة بدلالة الدليل المذكور في إقراره بالألم كحجته بالأب ثم قال قال صاحب النهاية المذكور عليه إذا لوجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بحجته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالألم ممنوعة فإن من شرائط صحة إقراره بالألم تصديق الأم بآبائه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فإذا لم يجز تصديقها بآبائها لم يجز إقرارها بهما الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشرط وأما ثانياً فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالألم انما نشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الأصول فلما لم يجز إقراره بالألم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فإن الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وراز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعه على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعرض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد فإن إقرارها بالولد يصبح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لا نسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالتنسب إليه أيضاً وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالتنسب إليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المقررة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها ويستوى في صحة الإقرار بالأشياء المسد كورة حالة الصحة وحالة المرض لأن حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حقي الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حقي الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولاء لا يتعلق به حقي الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل إقرار المرأة بالولد وإن صدقها (لأن فيه) أي في إقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لأن النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الأن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم الزوج فاقصر إقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فأوجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلية) لان قول القابلية في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج بقبول اقرارها بالولد (لان الحق له) أي الزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلية) أي أو الآن أن تشهد قابلية بولادته أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها الياء في هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلية في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذا فرض أن الفرائش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة ثبتت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نكاه الزوج بلا عن لان النسب يثبت بالفرائش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلية بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا ثبتت النسب منها بقبولها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمل على غيره فإقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا يمسني يثبت نسب الولد من الاب دون الام مسح أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركته أبيه على ما سألني في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلأن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوه لهم بأبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بسلام الملك وإذ لك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تفريرا لصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبي المقر وهو جحد المقر له وان كان الجحد يجب بدونه لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهرا نه في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجب بدونه اخوته فبات المقر لا يرث من سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسأ بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصي له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركته المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصي بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف (ولابد من تصديق هؤلاء) أي لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاد الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يدبر عن نفسه

لان الحق له أو تشهد القابلية
بإزالة اذ الفرض ان
الفرائش قائم فيحتاج الى
تعيين الولد وشهادتها في
ذلك مقبولة وقد مر في
الطلاق قوله وذكرنا في اقرار
المرأة تفصيلا في كتاب
الدعوى يريد به ان اقرارها
بالولد انما لا يصح اذا كانت
ذات زوج وأما اذا لم تكن
منكوبة ولا معتدة قالوا
يثبت النسب منها بقبولها
لان فيه الزام على نفسها
دون غيرها (ولا بد من
تصديق هؤلاء) والمرأة شرط
صحة تصديقها خلوها عن
زوج آخر وعدته وأن
لا تكون أختا تحت المقر
ولأربع سواها

ويصح التصديق في النسب بعدم موت المقر لانه مما يتيقن بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعد موت الزوج بالاتفاق لان حكم
النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وعي من آثار النكاح الا ترى أنها (١٧) تنفذ بعد الموت لقيام النكاح

وكذا تصديق الزوج بعد
موتها لان الارث من أحكام
النكاح وهو مما يتيقن بعد
النكاح كالعدة وعرضا
عندهما وقال أبو حنيفة
لا يصح لان النكاح انقطع
بالموت ولا عدة عليه ليصح
باعتبارها ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه
معدوم حالة الاقرار وانما
يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى أول الاقرار
معناه ان التصديق هو
الموجب لثبوت النكاح
الموجب للارث فلا يمكن
أن يثبت بالارث ولقائل
أن يعارض فيقول لا يصح
التصديق على اعتبار
العدة لانها معدومة حالة
الاقرار وانما ثبت بعد
الموت والتصديق يستند
الى أول الاقرار وينسب بما
ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه
بأن العدة لازمة للموت عن
نكاح بالاجماع بخلاف أن
يعتبر النكاح المصان قائما
باعتبارهما فكذا المقر به
وأما الارث فليس بالارث
لجواز أن تكون المرأة كآية
فلم يعتبر قائما باعتباره

(قوله معناه أن التصديق الخ)
قول فيه بحث (قوله ولقائل
أن يعارض) أقول هذه
لمعارضة مدفوعة عن المصنف

ويصح التصديق في النسب بعدم موت المقر لان النسب يتيقن بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم
النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدم موتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان
النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يمثل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم
حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبد الله فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد العيرة يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح
التصديق في النسب بعدم موت المقر) يعني أن المقر له بالنسب اذا تصديق في حال حياة المقر يصح فكذا
اذا تصديق بعدم موته (لان النسب يتيقن بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعدم موت المقر حتى
يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشك هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول
المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط ان يشار للمشتري ثم مات البائع
لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتمام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا
يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجة بعدم موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر
والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وعي من آثار
النكاح ألا ترى انها تنفذ بعد الموت لقيام النكاح من وجهه (وكذا تصديق الزوج بعدم موتها) أي وكذا
يصح تصديق الزوج المرأة بعدم موتها في الاقرار بالزوجة فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من
أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يتيقن بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
(وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدم موتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يحوز له أن
يتزوج أختها أو أرماسها (ولهذا لا يمثل له غسلها) بعدم موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها
كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي
حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعدم موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن
الزوج لا يمثل له أن يغسل زوجته بعدم موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعدم موتها
نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه)
أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أي الارث
(بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب
لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى
كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن
اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما
لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس
الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث بثبوت الارث به بل قبل صحة
التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق
وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موته فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت
النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح
وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا
مستدركا لجرى بان ذلك المعنى وان فسر ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال
صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

(٣ - تكمله سابق) فانه يبين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق وهو العدة فلهذا أراد به مثل حرمة الزوج بزواج
آخر وحل غسلها لانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما بالازمها من أمثال ما ذكرنا محجوزا فلا إشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والوالدة شوا الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير

وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر عمدا كرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع بخلاف أن يستبرأ النكاح المعين قائما باعتبارها فكذلك المقر بدوام الارث فليس يلزم له الجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس تمام لان العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة بخلاف أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذي أو تكون حر بيعة خرجت النكاح أو ذمية أو مسنة أو أمينة ثم أسلمت أو وصارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الأمور عند أبي حنيفة رحمه الله اذ لم تكن حاملا كما تقر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبي حنيفة بالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت في صحته الاقرار صحته لا يثبت الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا في التمهية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى عهدنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى في التمهية وغيره ولو لكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فلم يكن ذلك لا يبعد في لغة الكلام في المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا فمنع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في التمهية وغيره وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يبين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم انه كاح باق هو العدة فلهذا أراد به مثل حرمة الزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أنشال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة الزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بمحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه اذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليه لان سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فلا إشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبء فوات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسائلنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء له مالك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكمها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلقة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح بقوت عودها فيبقى قصديها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا في الاسرار والابضاح وغيرهما (قال) أي القدر الذي في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والوالدة) الصلي (شوا الاخ والعم) وشوا الجسد وان الامن كما صرح به ما يضاف الى الكافي (لا يقبل اقراره في النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البيضة كذا ذكر في التحفة وغيرها (لان فيه) أي في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذا المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أماله وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذا المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جسد المقر لا يكون عماله وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذا المقر له لا يكون ابن ابن القوم ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذا المقر له لا يكون جده المقر ما لم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يراحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لم يفيده من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لا يخرج بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للوصي له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الارث)

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف فربما كان كذوى القروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أولا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يراحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه لا يقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعدهم والا اول اقراره على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم القريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصي له وبقيته كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة وان كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل

أبوه من أبيه (فان كان له) أي للمقر بحوما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب القروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الارحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أي نسب المقر له (منه) أي من المقر (لا يراحم الوارث المعروف) قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محذور لان هذا نتيجة ذلك فصوره ذلك أن الرجل اذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابين ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى مولاة فالاميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واققراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واققراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لم يفيده) أي في الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أي هذه انه ورثة والقنية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لا يخرج بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أي الاخ والموصي له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدلنا من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار المذكور (بمنزله) أي بمنزلة الوصية بتأويل الایضاء ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما صرنا نقال الى الاقرار بالخلقة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكور (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للووصي له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أي رجوع المقر المزبور (صحيح) يعني أن انكاره رجوعه والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تخميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدوري في محتمره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الارث) أي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثراهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب

لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق
العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا أحدهما أن أباد قبض منها خمسين
لاشيء للمقر وللاخر خمسون)

(لان اقراره تضمن شيئين)

وسمى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما
(جل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراف
في المال وله فيه ولاية) (لانه اقراره على نفسه وله ولاية على نفسه) (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع
(كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق) أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق
الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن
(ولكنه يقبل) اقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق
ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف المقر عندنا وعند مالك
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص
مات أبوه أخ معسوف فاقرا بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا
وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان
في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسادس الآخر في نصيب أخيه
فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل
ما في يده كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما
تأخذ خمسة ولو اقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معسوف يقسم نصيب المقر بين عندنا وأخماسا
وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بأمرأة فأنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو اقر بمجدة
صحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به ولو اقر أحد الابنين المعروفين
بأمرأة فأنها زوجة أبيهم وكذبها الآخر أخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لهم ثمن
ما في يده لان في زعم المقر أن للراثة ثمن ما في يدي الابنين الآن اقراره صح فيما يدين نفسه ولا يصح في حق
صاحبه واذا صح في حق نفسه بعظيم ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة
عشر سهما الزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك
كالمالك فيقسم النصف الذي في يده المقر بينه وبينه على قدر حقه ما يجعل المقر له وهو سبعة
على تسعة أسهم فتضرب على بقدر حقه وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم
كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد
وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل واحد من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يجوز
الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهد
في شرح مختصر القدوري نقلنا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو
الاخوة اقرار على غيره لما فيه من جل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف
ما اذا كان اثنين نصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل واحد في النسب مقبولة (قال) أي محمد
رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وليت (على آخر مائة درهم فاقرا
أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباد قبض منها) أي من المائة (خمس) درهمها (لاشيء للمقر) أي لاشي
من المائة لابن المقر (وللاخر) أي لابن الآخر (خمس) منها يعني كان لابن الآخر

جل النسب على الغير
والاشتراف في ماله ولا ولاية
في الاول فلم يثبت له ذلك
في الثاني فثبت ذال أبو
حنيفة اذا اقر أحد الابنين
بأخ ثالث وكذبه أخوه
المعسوف فيه أعطاه المقر
نصف ما في يده وقال ابن أبي
ليلى يعطيه ثلث ما في يده
لان المقر اقر له بثلث شائع
في النصفين فننفذ في حصته
وبطل في حصة الآخر
ولابي حنيفة ان زعم المقر
أنه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيجعل ما في يده
المنكر كالمالك ويكون
الباقي بينهما بالسوية قال
(ومن مات وترك ابنين الخ)
ومن مات وترك ابنين وله
على آخر مائة درهم فاقرا
أحدهما أن أباد قبض منها
خمس لا شيء للمقر وللاخر
خمس بناء على ما ذكرنا من
الاقرار على نفسه وعلى غيره
وهو الاخ والميت فيصح
على نفسه ولا يصح عليهما
ثم يخلف الاخ بالله ما يعلم
ان أباد قبض منه المائة
ويقبض الخمسين من الثماني

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الدين تقضى بامثاله واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة فان كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١)

كأهو المذهب عندنا خلافا
لأبي إيلي كما ذكرنا آنفا
وعورض بأن صرف اقراره
الى نصيبه خاصة يستلزم
قسمة الدين قبل القبض
وهي لا تجوز والجواب ان
قسمة الدين انما تكون بعد
وجود الدين واذا أقر المقر
بقبض خسين قبل الورثة
لم ينتقل على زعمه من الدين
الا الخمسون فلم يتحقق
القسمة فان قيل زعم
المقر يعارضه زعم المنكر
فان في زعمه ان المقبوض
على التركة كما في زعم المقر
والمنكر يدعي زيادة على
المقبوض فتصادق على
كون المقبوض مشتركا
بينهما فالمرجع لزعم المقر
على زعم المنكر حتى
انصرف المقر به الى نصيب
المقر خاصة ولم يكن المقبوض
مشتركا بينهما أجاب بقوله
غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا
بينهما لكن المقر لو رجع
يعني ان المرجع هو ان اعتبار
زعم المنكر يؤدي الى عدم
الفائدة بلزوم الدور وذلك
لانه لو رجع المقر على
القابض بشئ لرجع القابض
على الغريم لزعمه ان أباه لم
يقبض شيئا وله تمام الخمسين
بسبب سابق قبل القبض

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشترك كائنه مالكن
المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور
أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان
اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون
بقبض مضمون) لما امر أن الدين تقضى بامثاله فيجب للدين على صاحب الدين مثل مال صاحب
الدين عليه فيلتحقان فصاوا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا
كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كأهو المذهب عندنا)
احتراز عن قول أبي إيلي فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند
ابن أبي إيلي يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع
في النصيبين وقال في معراج الدراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول
وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور
انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض
وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل
الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس
بشأن لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه
لا في حق الغير فيكتفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الاخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى
كل أحد فالظاهر عندنا في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية
وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك
من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاضمتنا فأمل قال المصنف (غاية الامر انهما)
أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشترك كائنه مالكن) أي على كون الخمسين الباقي على الغريم
الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع
الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فهاهنا لك مشتركا وما
بقي يبقى مشترك كائنه مالكا لابن المنكر ما وجد الهالك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه والابن المقر وان
زعم أن بعض أجزائه هالك الآن لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهالك فهم متصادقان في الاشتراك
في الباقي المقبوض فينبغي أن يكون ذلك بينهما منصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه
فأجاب بأنهم ما وان تصادقا على كون المقبوض مشترك كائنه مالكا (لكن المقر) لا يرجع على القابض
بشيء لعدم الفائدة (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه
أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا (على المقر)
بقدر ذلك لا لتفاضل المقاصصة في ذلك القدر وبقاء دينه على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على
الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه
آخر حيث قال فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم

وقد استغنى القابض في هذا المقدر فيرجع تمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي
الى الدور

(قوله على ما امر) أقول في أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

المخاضة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذائق وفي الشرع عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر به تعاظمه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقبول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما يقبل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالأجارات وإذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء المدين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطات فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لأن كونه إسقاطا للبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو انكار إنما هو في حق المدعي وأما في حق المدعي عليه فأنما هو لافتداء المدين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يحقق الافتداء وتقطع الخصومة وأما ثانياً فإنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار من مالا فصول على قطعة منها والحق به ذكرا البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سبق في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعي عليه لكونه إسقاطا للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثاً فإن قوله أنه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول مما فيما يتعين بالتعيين مطلقا فإن طلب البيع من غيره لا يقتضي في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصالح بل إنما يقتضي في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن اقرار وكان مالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز زعمه الاعتراض ولأنواعه شروط أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذ من النهاية وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم أم مقرا أو وقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيرهما كان مقرا وإن كان منكرا حكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولا انتهى (أقول) فيه كلام وهو أن المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التملك ترك الدعوى قائمهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعي عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فإنه جائز جعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تلك المدعي عليه أياه وبرائه عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه سيما واحدا عن تلك المدعي أياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخالف عن تحكيم فان فوض في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على السامحة وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك مادام كل واحد منهما من الحق فيما يبايد الآخر فإنه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعا فلنا إذا يقال فما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين إلا شك أنه كان ترك الدعوى والعفو مما لا يستعمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الأمور

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) المحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بعمل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلا فيه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما ما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر التعليل أي لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا (٣٤) في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار و صلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر و صلح مع انكار و كل ذلك جائز) لا طلاق قوله تعالى والصلح خير و لقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

فذلك المدعى المصلح عليه بل انما يتيسر فيها راء كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشي مع أنه تلك هناك المدعى المصلح عنه والمدعى عليه المصلح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية المحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بعمل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) رد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا اذ تخرج صورة التكلم عما لا يتصل بعمل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن اعياء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لا طلاق الخ) نساخ المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا طلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا طلاق قوله الا أنهم كثيرا ما يتساهلون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبها على فائدة تقيدها تلك العبارة كما في تعريضهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا طلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فلاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف ونعم الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما ما صلحا والصلح خير (قوله أجيب

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد البين و صلح المودع و صلح من ادعى قذا على آخر و صلح من ادعى على امرأته كما قلنا فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لما منع لا يستلزم تركه عند عدمه (وقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

(قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون المحصر حينئذ ضروريا قال المصنف (لا طلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فلاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف ونعم الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما ما صلحا والصلح خير (قوله أجيب

بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام مثل العهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فلينأمل (قوله وبأنه ذكر التعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعنى حقيقة الصلح و جنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فلتخصم أن ينعنه (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيبي عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخبر به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف فقام على
 حل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ما ساقلا ن الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام
 في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيأ بل لا بد من المصير الى المسامحة
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح
 عليهم ما أن يصالحا بينهما ما صلحا والصلح خير فكان العهد أجيب بأن الاعتبار له واللفظ لا لخصوص
 السبب وبأنه ذكر للتعلم أي لا جناح عليهم ما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن
 يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى
 (أقول) ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلاثة ليس بتمامين أما الاول فلان كون الاعتبار
 لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيأ في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل
 اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه
 وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والصلح خير كان في الحال أن التكلم
 بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية به الكبرية فلم يكن هذا لاني في
 أن يكون تحقيق مدلوله في الاستقبال ألا يرى انك اذا قلت الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك
 بهذا الكلام واخبارك به كائن في الحال وأما تحقيق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وان أراد بذلك ان الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب
 من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المسمى كور في السكا في وفي سائر الشروح أخذ من الاسرار
 ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير انه ذكر للتعلم هو ان العلة لا تنقيد بحمل الحكم
 الذي عمل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو النقر بالمناسبات لقواعد الاصول وأما
 النقر بالمطابق لقواعد المعقول فلانه يكون حينئذ خارجا عن جرح الكبرى من الشكل الاول كانه
 قيل فان هذا صلح والصلح خير وكية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعتراض
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعاملا لابدل الفاء بالواو وانتهى
 (أقول) ليس هذا بشئ لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليل من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى أخرجه من جرح التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحو الان
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى
 والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطلوبة كما أشيرنا اليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء
 اذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا أصلا تدبر ثم
 قال صاحب العناية قال قيل سلمنا بمعنى الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الشكل متعذر
 لان الصلح بعد الامين وصلح المودع وصلح من ادعى فدفع على آخر وصلح من ادعى على امرأة كما حاقا ذكرت
 لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة كما حاقا ذكرت
 لا يجوز أنه خبط اذهو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبساية فيما سمي أي وهو أنه
 اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تحت فصالته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازف كما أنه في معنى
 الخلع ثم أقول توجيهه ان عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال
 المزبور عما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملازم لغرضهم والحنفية أجابوا
 عنه تارة بنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع

وقال الشافعي (لا يجوز بيع انكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وخذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما روينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (٣٦) (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة)

وقال الشافعي لا يجوز بيع انكار أو سكوت لما روينا وهذا مذهب الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فمقتضى ذلك أن لا يبيع المدعي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة.

لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالشأن ولم يتعرض للنع وأما صاحب غاية البيان فتعرض له ما معاً حتى قال في الجواب ههنا على أن ننع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالح على مال لأنه يجوز وبه صرح القدروري في مختصره وسيجي ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدروري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يراد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الانكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالح على مال لا يجوز ولئن صححت تلك المسئلة كما وردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما صرح في ذلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع انكار أو سكوت لما روينا الخ) قلت كان الظاهر أن يقال لا آخر ما روينا لأن أوله حجة عليه لاله (قوله ولنا ما تلونا وأول ما روينا الخ) كردز كرماتاً كيداً ووطئة لقوله وتأويل آخره الخ والألكني ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانها (أقول) بقي ههنا إشكال في قوله وأول ما روينا وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لتامع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله وقد تقررت في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما روينا فإصل الكلام أن لنا أول ما روينا مع تأويل آخره فالدليل بمجموع الحديث على هذه الحالة هذا التأويل ولكن الإنصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهبة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كمنه ما عليه فالأولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة) وحله على هذا الحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل إذا الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وجرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبل الصلح وقد جمل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المجل والمجل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو جمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن العادة لا يكون الأعلى بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وجرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبله وحل بعده فعرنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل إذا معني لقوله لأنه لو جمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في جمل آخر الحديث

لا يبطأ الضرة) وأن لا يتسرى والحل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو جمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن العادة لا يكون الأعلى بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبله وحل بعده فعرنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما روينا) أقول وههنا ذكر أرو كان الأولى أن لا يذكر ذنبك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ أو حرم حلالاً لعينه كالصلح الخ) أقول وحله على هذا الحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه كذا في الكافي ثم قال وما ذكره غير محتمل إذا الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على

المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وجرم بالصلح أو كان حراماً على المدعي عليه منعه قبل الصلح وقد جمل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو جمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الإقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لا يكون الأعلى بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدمه في العين فلا يلزم بطلان العمل به إذا لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالبراءة عن دعوى الباقي كما سيجي

ولأن هذا الصلح بعد دعوى صحيحة (فكان كالصلح مع الاقرار (فيقتضى بجوازه) لوجود المقتضى والتقاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الاخذ وليس شئ منهما موجودا أما الثاني (فلا) المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الأول فلا المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا (٣٧) مشروع اذا المال وقاية النفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة (أمر جائز) لا يقال لان المدعى الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشى وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه بخلاف دفعه وتغايه في أحكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتناحى على دنائره مسماة ثم افتقر فاقبل القبض ينفى أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى ان في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وشئ مبادلة

ولأن هذا الصلح بعد دعوى صحيحة فيقتضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية النفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال لوجوده معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الاقرار خاصة اذا لفرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فاذ التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال واطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ما لغير عينه مال كان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاستعمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الاعلى بعض الحق بأن قال هذا لا يختص بالدين اظهر عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذا لجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالبراءة عن دعوى الباقي كما ينبغي وانتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالبراءة عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالبراءة عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا فلو جاز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهمه في بدل الصلح وسياق كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليه ما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الاعلى بعض الحق في العين أيضا (قوله ولأن هذا الصلح بعد دعوى صحيحة فيقتضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه أعني ان جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع المال اقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لان المدعى جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشى عام لاننا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه بخلاف دفعه وتغايه في أحكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتناحى على دنائره مسماة ثم افتقر فاقبل القبض ينفى أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى ان في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وشئ مبادلة

المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير شرعي على عمومه

فتجربى فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويقسده جهالة المصالح عليه لانها تنفض الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليته على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يتجسس فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه متاعا في أرض بيد المدعى واصطالحا على ترك الدعوى جاز وان احتج عليه وقد اصطالحا على أن يدفع أحدهما لاول بينهما على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كالأدعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطالحا على أن يعطيه المدعى ما لاه للموالم المدعى عليه (٢٨)

(فتجربى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويقسده جهالة البدل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحد هما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهرا وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود لا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

عبد شهر أو على ركوب دابة شهر اقل كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول النصل الا في مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عماليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتى في الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح ولم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرقب بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوما منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الا في عن قريب لاننا نقول قد ذكرهنا ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حوط وأبراء وان كان بمثل فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل ووربا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى مطلعا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العيين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق

الى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يتجسس فيه الى التسليم كما اذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يتجسس فيه جاز والاصل في ذلك كانه ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المنسقة لما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقتها ههنا بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز

فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانما يسع معنى والكفالة بشرط براءة الاصل حواله والطول بشرط مطالبة الاصل كقالة (فتشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحد هما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف ينصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانما يقع في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحبل في حق امرأته والتحرير المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهرا وأما في السكوت فلا نه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع ان حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفرغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستفي الدار على ملكه لانه يشترطها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمريء يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريته من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (بخصوص المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع كذلك واذا صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترده كما مكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه وفوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع (٢٩)

مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لا تنفأ الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصصه المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الخصومة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال لدفع الخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بخصوص ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بخصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيأ حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين

المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان

فلما لو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما تملك الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه رجع بمبدله كافي البيع (وان استحق بعضه رجع بخصته) اعتبارا البعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهالك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه) أقول يعني يبقى العوض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاني دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا تعيدها (ولو ادعى دارا فصال على قطعة منها) كبت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذ كرشح الاسلام أنه لا تسمع دعواه وذ ك صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية ووجهه أن الابراء لا يقي عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعى بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذلك لو كان على سكنى بيت معين من غيرها (٣٥٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدعى معلوما ولو اراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له

قال (وان ادعى حقاني دار ولم يبينه فصول من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرض العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بأكمله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصاله على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذ ك البراءة عن دعوى الباقي

فصل (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه في معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذ ك البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعوى في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومي في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل وله أن يخصم فيها بعد ذلك وفسر في بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبد الله بن عبد الرحمن لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأت من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظرا أما أولا فلا نبيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للشروع وهو قول المصنف أو يلحق به ذ ك البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الخيلة في تصحيحه بأحد الأمرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والاصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء بعض الحق واسقاط البعض الباقي كفي الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للشروع انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار وأما ثانيا فلا ن قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى انما يمتنع في قوله أبرأتك عن هذه الدار لان في قوله أبرأتك عن خصومي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومي في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في عبد الله بن عبد الرحمن فان المذ كور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

فصل (لما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه في معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شيء وهو أن قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال

ذلك للوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي الجلب في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد أمرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذ ك البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لم تقبل وفي ذ ك لفظ البراءة دون الاراء اشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومي في هذه الدار كان باطلا وله أن يخصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت ابراء من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومي

في هذه الدار خطاب للواحد وله أن يخصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون مطلقا وربما يفهم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة وله أن يخصم فيها بعد ذلك معناه على غير الخطاب وهو ظاهر والله أعلم

فصل (لما فرغ من ذ ك مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذ ك أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أثر ب العدة وداليه وأشبهها به احتمالا لا تصحح تصرف الغافل بقدر الامكان فاذا كان عن مال يمال كان في معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول الناقل هو الاتفاق عن الواقعات الحاصلة

فصل (والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) أقول يعني اذا لم يكن بالمنازع والافه بمعنى الاجازة

واذا كان عن المنافع عمال كما اذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شئ كان في معنى الاجارة لان المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

قال المصنف (قال والمنافع لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول قال العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبداً آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افهوه جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على عليك المنفعة من أحد يبدل ولهذا أوجز منهم لا يصح (٣١) الا أنا نقول بأن هذا ليس بتملك اياهم

ببديل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببديل ولفظ الصالح لفظ يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تحصيله تملكاً أمكن تحصيله اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبداً آخر ولو كان هذا تملكاً لكان باطلاً لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصبي لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه في منفعته مادام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصالح فسلم له انتهى قال العلامة النسفي في الكافي والصالح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقرب فصالحه

قال (والمنافع) لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح مطلق يتناول الصالح عن مال عمال والصالح عن مال بغيره فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه في معنى البيع على ما صرنا ظهوراً أن الصالح عن مال بغيره ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال عمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بغيره في هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصالح وما لا يجوز فكان تقويمه من المفيد بالضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر لا نأنا نقول بتمنع ذلك عما كان عن مال عمال فانه أيضاً كان معلوماً فيما مر بقوله والمنافع بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ التقدير قال المصنف في تعليقه (لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصالح في الوصايا بحيث قال واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبداً آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افهوه جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على عليك المنفعة من أحد يبدل ولهذا أوجز منهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتملك اياهم ببديل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببديل ولفظ الصالح يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تحصيله تملكاً أمكن تحصيله اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى به من أحد لم يصح تعليل جواز الصالح عن تلك المنفعة بأن المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تملك المنفعة الموصى به حقيقة الا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها ببديل وقد اشار اليه الامام الاسييجاني بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فعني تعليل المصنف أن جنس المنافع تلك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا أوجز ملكه فكذا تلك حكماً بالصالح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى به فاعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام النسفي في الكافي الصالح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقرب فصالحه الوارث على شئ جائز لانه جائز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقر ما ذكره الامام الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وأنت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي

الوارث على شئ جائز لانه جائز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وانت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي من المخالفة وامل في جواز الاجارة واثبت فليتأمل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقاني من قوله الا أنا نقول بأن هذا ليس بتملك اياهم ببديل بل هو اسقاط حقه المخالف لما ذكر في الهداية كالايجز وفي مبسوط الامام شمس الأئمة السرخسي ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال عمال والموصى له بالخدمة لا يملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تملكه من الوارث بخلاف لفظ الصالح الا يرى ان المدعى عليه بعد انكار لو صالح المدعى على شئ لم يصربه مقر اعني اذا استحق عادى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى ما مرقه بالملك حتى لو استحق البديل رجع بالمدعى انتهى

واذا صلح عن جنابة العمد أو الخطاص أم الأول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي قلولى القتل اتباع المصلح بدل الصلح بالمعروف أي على محاملة وحسن معاملة وإدعاء أي وعلى المصلح ادعاء ذلك إلى ولي القتل بإحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جنابة القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو صريح عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القتال بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وإدعاء إليه بإحسان أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وأفيما غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس أنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحتل الفسخ بالتراضى (٣٣)

والأصل فيه أن الصلح يجب جله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتياالا تصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جنابة العمد والخطا) أما الأول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما أنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الاجارة رواية بين فليستأمل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما إذا أجر ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صلح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصحة من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسيحياني في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلثه وصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبدا آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقله عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صلحه على خدمة عبدا آخر يجوز أيضا وكذلك لو صلحه على ركوب دابة شهرا وليس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتمدة فان مدلولها ما جاز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز قيمهما مصلحة الوارث عن خدمة عبدا على خدمة عبدا آخر والمصرح به في كثير من المعتمدين عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صلح من سكنى دار على خدمة عبدا يجوز بالاجماع وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات وإذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به

وإذا كان في معناه فاصل أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فالصلح على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وإن صلح على ذلك أبدأ لم يجوز لانه لم يصلح صداقا لجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقا وأنه إذا صلح على أن يعفون من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكفي بكون العوض

فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا معنى لكن أي لكن إذا فسد التسمية بجهة الفاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم ففرق بينهما فان كان الأول كما إذا صلح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لان الولي ما رضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سأل منه النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تتم له العاقلة لوجوبه بعقده

(قوله فن أعطى له الخ) أقول من حيث كناية عن الولي (قوله فن عني عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم إلى قوله وإن لم يصلح صداقا) أقول لكن قال في المحيط إذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى والقصود قوله وما لا فلا فليستأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية

وان كان الشاني كالمصالح على خرفائه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه مبین ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذلك في ذكر الخمر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لانه الموجب الاصل) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى وقد علمنا ما فرضا عليهم في أزواجهم وموضعه أصول الشقة ونحوه بيقه ان المهر من ضرر ورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صا لحصار كالولم يسم مهر او لم يسم مهر او وجب مهر المثل فكذلك هنا وأما الصلح فليس من ضرر وراته وجوب المال فانه لو عاقبنا لا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمي صلحا والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفومنه له الحق فصحة ان وجوبه ليس (٣٣) من ضرر وراته (ويدخل في اطلاق

جواب الكتاب) وهو قوله
ويصح عن جنابة العمد
(الجنابة في النفس وما دونها
وهذا) أي الصلح عن جنابة
العمد بخلاف الصلح عن حق
الشفعة على مال فانه لا يصح
لان حق الشفعة حق أن
يملك وذلك ليس بحق في
المحل قبل التملك فأخذ
البدل أخذ مال في مقابلة
مال ليس بشيء ثابت في المحل
وذلك رشوة حرام أما القصاص
فان ملك المحل فيه ثابت
من حيث فعل القصاص
فكان أخذ العوض عما هو
ثابت له في المحل فكان صحيحا
(واذا لم يصح الصلح بطل حق
الشفعة لانها تبطل بالأعراض
والسكوت) وقيد بقوله حق
الشفعة على مال احتراز عن
الصلح على أخذ بيت بعينه
من الدار بثمن معين فان
الصلح مع الشفيع فيه جائز
وعن الصلح على بيت بعينه
من الدار بحصته من الثمن
فانه لا يصح لان حصته مجهولة

ولو صالح على خير لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه
الموجب الاصل ويصح مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس
وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل
قبل التملك أما القصاص فلك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل
الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح
عنه غير أن في بطلان الكفالة وايتبين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بدعيها يفسد بدعيها انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا
كانت مختلفة الجنس وان كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزاغة على الزاغة
فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بنفسها فكذلك الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها
بالمنفعة فكذلك الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حله على
أقرب العقود اليه وأشبهها به احتمالا لا تصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع
الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حل مثله على شيء من العقود
غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فنأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح
شأن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذكل واحد منهم ما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح
قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس ههنا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى
في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم
صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صدقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له
على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله
تعالى أن تمنعوا بأموالكم بدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكنني بكون العوض فيه متقوما
والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم
(أقول) هنا إشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ليس بمال كالعفو عن القصاص
لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهم ما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في
صوره ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو
هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تقريرا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى
فيه صلح ههنا ولو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المساومة صلحت صدقا

(٥ - تكمله سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الأعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كتل عن نفس رجل بخاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج
الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل
وعو رواية أبي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان
الكفالة بالنفس وقد تكون موصولة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بعوض لم يسقط بمجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفومنه له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول اماناً أن يكون منفرداً أو منضماً الى الصلح عن العمد فان كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعاً والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة باطلا له بل القصاص ليس بعمال (٣٤)

وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعاً فلا يجوز باطله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بعمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صلح على أحد مقادير الدية أما اذا صلح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بهم الا انه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فاصالح على جنس آخر منه بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز عن دعوى أحد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأتين ولها لانه حق الزاد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع ان طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الافراد عنه ويدخل في فكذلك لا في الصلح ولو صلحه على ذلك أبداً أو على مائتي بطن أمته أو على غلة نخله سنين معاملة لم يجز لانه لم يصلح صداقاً فكذلك لا في الصلح انتمى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على اشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقاً فكذلك لا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس هو ما غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا يتبين على لزوم العكس والتزامه فانه لو أبى تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بحجالة المصالح عليه من غير تعرض لشيء لا يصلح صداقاً فان جهالة التفسير في الصلح فيما احتج فيه الى التسليم والتسلم كما تقر وفيما صرح وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح مهوراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهوراً في النكاح ويصرف مطلقه الى الوسيط فكذلك يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه يصرف الى الوسيط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فلما تأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ الفساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بحجالة القاحشة وليس في الوصف جهالة قاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسيط كما صرح به وله هذا يصلح مهوراً في النكاح وهذا امر لا ستور به (قوله وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسبب أن ذلك في الكتاب أيضاً في باب الصلح في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقاً قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

تراضياً عليه كالتمسية في النكاح وان كان منضمماً الى العمد كما اذا قبل عمداً وآخر خطأ ثم صلح أولياءه ما على أكثر من دينين فالصلح جائز ولو صاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد لكن عليه رجل مائة دينار ولا آخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف والبقي لصاحب الدينارين والثاني كما اذا صلح على مكمل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صلح أولياءه القليل على أكثر من مائتي بقرة جاز لا لالحق قد تعين بالقضاء في الابل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا النحل (فكان ما يعطى عوضاً عن الواجب) فكان صحيحاً (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذلك اذا قال (ولا يجوز عن دعوى أحد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن (قوله بل القصاص ليس بعمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صلح على مكمل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع ان طريق العامة) لا هلهما انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقاً حيث قبل بغير النافذة

كم يرفع به الى الخا فصالحه المأخوذ على مال ليرك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بآدفع اليه من المال لان الخا حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وشوا الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها وبنيها الله ابنته منها وبعدها الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا اشترع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جازا الصلح لان الطريق ملكوا ولا هلهما فظهر في حق الافراد الصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقي وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) لستره الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح (وحدا القذف داخل في جواب الحدود لان المذهب فيه حق الشرع) وله ان لا يجوز زعموه ولا

يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المأثران الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود اليه شهما واذا اجحد النكاح فصالحته على مال بذاته يمكن تصحيحه خالعا في جانبه بناء على زعمه وبذلك للمال لدفع الخصومة وقطع الشك والوطء الحرام في جانبها فان اقام على التزوج يئنه بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب حد بالقذف لان المذهب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذاته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه يمكن تصحيحه خالعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبه لا للمال لدفع الخصومة قالوا لا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذاته لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لا يجوز وجهه الاول أن يجعل زل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القليل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجهه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعا على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال وان صلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بما لم فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بما لم لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بما لم فرقة يبدل وهي الخلع ولما جعل خالعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) ان لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم ان لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لزمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم المهر في ضمن شيئين الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خالعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يجعل له ما أخذ منه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تعليقا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجوز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لم توجب كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقه بذلك على رأي من قال لا ينقذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة مخفية

(وان ادعى على رجل) انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل عتقته لا يمكن
تقصيده على هذا الوجه في دفعه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الاعتقالات بالنسبة الى مال كالتسليم والدرجات ولهذا
لا يصح السلم في الحيوان (و) جعل (في حق المدعي عليه لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا
أن يقيم البينة فتقبل وبنت الولاء) لانه صالح به دكونه عبد الله فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون
له رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبده) أي العبد المأذون له (رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز) سواء
كان عليه دين أو لا (وان قتل عبده) أي العبد المأذون له (رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبده) أي العبد المأذون له (رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز) سواء
رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه
بدون اذنه لا يجوز مكذاهنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه ونصرته فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا) بتحقيق (هذا ان المستحق
كله من ملكه) فصار كأنه يملكه للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فإنه اذا
زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا الاعمال الصلح وطول بالفسق بينه وبين المكاتب فإنه لو قتل عبدا فصالح عن نفسه حاز
وأوجب بأن المكاتب حريدا واكتسبه له بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن
ليس لولي القتيلى ان يقتله بعد (٣٦)

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق
على مال) لانه أمكن تعديده على هذا الوجه في حقه لزمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة
الى أجل وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولاء له لانكار
العبد الا أن يقيم البينة فتقبل وبنت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز له أن يصالح
عن نفسه وان قتل عبده رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبده رجلا لانه قد انقضى عن نفسه لم يجز له أن يصالح
لأعمال التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي أما عبده فمن تجارته ونصرته فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا
نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كل ائله عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن
غصب ثوبا به وديارته دون المائة فاستم له فصالحه منه على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة
عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف
ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

البدل في حق المولى فتأخر
الى ما بعد العتق لان صلحه
عن نفسه صحيح لكونه مكافا
وان لم يصح في حق المولى
فصار كأنه صالحه على بدل
مؤجل يؤاخذ به بعد العتق
ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم
يكن له أن يقتل ولان
يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذا
هذا قال (ومن غصب
ثوبا به وديارته) هم وديارته
أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب
يقال ثوب يهودى وانما خصه
بالذكر إشارة الى كونه معلوم
القيمة وكل قيمى معلوم القيمة

أن يكون حر ادا المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما
يشعر به تقريرناج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعنى أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض
في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شئ انتهى ويشير اليه قول

حكاه كذلك فعلى هذا من غصب قيماء معلوم القيمة فاستم له فصالحه من القيمة على أكثر من من العقود جاز عند
أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بانقصب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمة احترازاً عن المثل
فإن الصلح عن كخطة على دراهم أو دنائير جاز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانت
بأعيانها مثلاً يلزم بيع الكائى بالكائى وقيد به وله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستمالة
لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من العقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الثمن
حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن
عند أبي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالوا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهم ما يجزى لا يتغابن
فيه الناس كان ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله راجع الى الولي قال المصنف (ولهذا الاعمال التصرف فيه) أقول قال في النهاية أى في رقبته
بتأويل العضو أو الجزء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أى الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار الشارح الى
أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابي حنيفة طريقان أحدهما أن المصنوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك النسيئة كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من إبقائه كان مملوكا وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كالمال كان العبد قائما والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على البديع أخذت حتى ترد فهو الأمل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضروريا لا يصار إليه الا عند العجز فاذا صلح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها ويمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك

إشارة إلى أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتماضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونفوقض بما لو صلح على طعام موصوف في الذمة الى أجل فإنه لا يجوز ولو كان بدلا عن المصنوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المصنوب بمن وعقابه القيمة مبيع وبما لو صلح من الذمة على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بأن المصنوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صلح عن ذلك حالا جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الذمة لانه لا وجه لجله على الاعتماض عن المقبول وعورض دليل أبي حنيفة

ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتماضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عند ههما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رجه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صلح على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة ولا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقول وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة سبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركه دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلان سلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلق نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلق نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذلك اهانها لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام ثم لم يلاحظ في كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاختذ وهذا غير متصور في القيميات لان أخذ المثل فور وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف بذلك قطعاً بل انما مراده به حق تعاقب الملك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصنوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فسلو كان بمنزلة الغائم حكماً لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما هو في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقصا من عبدين منه وبين شر يكره قوم عليه نصيب شر يكره فيضمن ان كان موسراً أو يسهى العبد

(قوله وفي كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أو حقه في الاصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو وهو مقيّد بالمثل كما نطق به النص وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليه بالتأمل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي ممن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيمات أيضا وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القيمات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفسح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لا يبي حنيفة رحمه الله إن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان كما يجوز بالغام بالغ كالاغتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كافي النكاح والدية إلا أن عند الأخذ صار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الرجوع لأن الرجوع بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعثورات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المشتري إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبل أن تراضي على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذرده أقبح من ذنبه لأن المصنف ههنا ليس بصددين المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المشتريين في الحكم شيأ بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستملك على أكثر من قيمته فإن لم يبق الدليل الذي ذكره المذمى بناء على كون المذمى في القبي وكون الدليل محصا بالمثل كما رجمه لا يتم المطلوب فيجوز الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجنبي عن الصدق فعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع وافقني أثره صاحب العناية (أقول) إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستندرا كالتناول تبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكنتا صورتين مذكورتان في هذا الباب فبما لم يذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقي شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل بالصلح المذكور في العنوان مصدر من المبني للفعل فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف الغير فإن قلت فلم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للفعل قلت فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيماء إلى أن المراد بالتوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فإنه معنى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في الموكل بمعنى على كفى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها واقتنى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أى على الموكل كفى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لوجه الحل الاول في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لأن للموكل متعلق بل لازم وكلة اللزوم تعدى بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخل اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها التقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام في فلها هنا متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفى لتأويل المسئلة فان فيه قيداً آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بآل وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكتفى لتأويل المسئلة بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تمتة تأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بآل بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائده التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجزائه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما واذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لاقتداء العيين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعى وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما لم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بآل وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بآل ولا يخفى

والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في الموكل بمعنى على كفى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها واقتنى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أى على الموكل كفى قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لوجه الحل الاول في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لأن للموكل متعلق بل لازم وكلة اللزوم تعدى بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخل اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها التقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام في فلها هنا متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفى لتأويل المسئلة فان فيه قيداً آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بآل وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكتفى لتأويل المسئلة بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تمتة تأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بآل بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائده التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجزائه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما واذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لاقتداء العيين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعى وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما لم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بآل وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بآل ولا يخفى

(قوله وهو ان يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح في المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها يرجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير امره المصالح وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان القرض لي عند الصلح على مال
 اما ان تترن بد كمال المال ضمان نفسه أولا فلاول هو الوجه الاول والثاني والثالث
 اما ان يترن بالمال المذكور أولا فلاول هو الوجه الثالث والثاني والرابع ولكن بر دو جيان آخران وهو ان يكون المال المذكور
 ضمانا عن الاضافة اما معرفة او منكر او كل منهما اما ان تترن به التسليم او بقرن وقد ذكر وجه احكام المنكر وبقي وجه احكام المصالح والمعرف ولكن
 عرف وجه حكم المصالح في التسليم في المنكر فبقى حكم المصالح في غير التسليم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر
 امره وجه الاول انه اذا صالح وضمن ثم الصلح لان اخلاص لا يدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاستقاط وفي حق البراءة
 الاجنبى وانقسم سواء لان السقوط متلاشى ومثله لا يختص باحد فصالح ان يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي
 يخلع من جانب المراد ان المصالح وان يكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان
 بامر فغير رجوع ولا يكون (٩٠) لهذا المصالح شئ من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى

قال (وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه ثم الصلح) لان الحاصل
 للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها وهو الاجنبى سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالصلح اذا
 ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامر ولا يكون
 لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى في يده لان تصحيحه بطريق الاستقاط ولا فرق في هذا بين
 ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحك على ألتى هذه أو على عهدي هذا صح الصلح ولزمه
 تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصالح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان
 التسليم اليه يوجب سلامة العرض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحك على ألف فالعقد
 موقوف فان أجاز له المدعى عليه جاز ولزمه ألف وان لم يجزه بطل) لان الأصل في العقد انما هو المدعى
 عليه لان دفع الخصومة حاصل له الآن الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم
 يضمنه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيستوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو ان
 يقول صالحك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما ضمنه التسليم صار شارطا
 سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا يسأل له على المصالح لانه التزم الايفاء من
 محل بيعته ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح
 على دراهم مائة وضمنه او دفعها ثم استحق أو وجدها زبوا فحيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا
 في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله والله اعلم بالصواب

عليه مقرا وانما يكون ذلك
 للذى في يده يعنى في ذمته
 لان تصحيحه بطريق
 الاستقاط كما لم لا بطريق
 المبادلة فلا سعة لم يبق
 شئ فأى شئ يثبت به بعد ذلك
 ولا فرق في هذا أى في أن
 المصالح لا يملك الدين المدعى
 به بين ما اذا كان الخصم
 مقرا أو منكرا أما اذا كان
 منكرا فظاهر لان في زعمه
 ان لا شئ عليه وزعم المدعى
 لا يتعدى اليه وأما اذا كان
 مقرا فبالصلح كان ينبغي ان
 يصير المصالح مشتريا
 ما في ذمته بما أدى الا ان
 شراء الدين من غير من عليه
 الدين فليس له من غير من
 عليه الدين وهو لا يجوز
 وهذا بخلاف ما اذا كان

باب الصلح في الدين

ان ما نحن فيه هو الو كذا من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين

المدعى بديننا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتر بالنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشئ من مال كصحيح (قوله)
 وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية المذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم
 هو بمنزلة قوله صالحى على ألتى ينقد على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوائى على فلان فانه فيه وقف عن
 اجازة المدعى عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج
 الى شرح والله أعلم

باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم دعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم
 (قوله فصلح ان يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعوائى
 على فلان) أقول يبنى فلانا الاول ولو قال من دعوائى عليه لكان أبعد عن التشويش

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة ز يوف جازوكا نه أبراه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الر با فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بعلمها انسيئة لا يجوز

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلمة ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فمجموعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جياذ فصالح عن ذلك على ألف درهم جياذ يحمله على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعتمرات كالبذائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيته لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يراعى في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجوز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كالمثل المذكور في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه مما لا يمكن حمله على بيع الصرف لان هذا مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من السود فقها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجوز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الر) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الر بالوجه جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء على أن الدينون تقضى بامثالها لا بأعيانها فالاقتضاء الى الر با فبالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم القصب كذلك جملا لا امر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم) جياذ حالة من عن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة) ولكن له على آخر ألف درهم جياذ فصالحه على خمسمائة ز يوف فانه يجوز ان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الر با فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بعلمها انسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنائير مؤجلة بطل الصلح لان الدناير غير مستحقة بعقد المداينة

فصل على التأخير فنعين جعله معاوضة اذا التصرف في الدينون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدينار نسيئة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن جملة على الاسقاط (لان المجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء لبعض حقه وهو (تخير من التبيئة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (المجل) في مقابلة الباقي وذلك اعتبارا عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فانه عن ذلك ثم سأل فقال ان غدا يريد أن يأطعمه الربا وهذا الان حرمة ربنا الله اعلمت الاشبهة بمبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالهكمس جاز) والاصل أن المستوفى اذا كان أدرك من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان (٤٣)

فجعلناه على التأخير (ولو صالحه على دينان إلى شهر لم يجوز) لان الدينان غير مستحقين بعد قد المداينة فلا يمكن جملة على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدينان نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتبارا عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحق بعد قد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو باخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كانه قد راووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجد لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدينان كلها والدراهم الالمائة وتأجيل الباقي فلا يجعل معاوضة تصحها العقد ولان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى) فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراه مطلق

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قبل اذا كان حقه ألف درهم بنهرجة فصالحه على ألف درهم ٣ بخية نقديت المال فهو أجود من النهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجد لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يعتبر القبض في المجلس) وحاصله أن الجوده اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالسنة الاولى فانها اقربت بخمسمائة من السود وهو ربا أو ما اذا لم يقع فذلك صرف والجهد والردى فيه سواء عدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا

في المجلس وجوزوا التأجيل فقامل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى) قال صاحب العناية قبل معناه فقبل فهو برى في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى ومن الباقي انتمى (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أو لا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أو لا وان لم تحقق البراءة المقطوعة لا بالأداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظر الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الا خرا اليه غدا فاذ لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فما لا تقبله

للدنانير كلها والدراهم الالمائة) ان كانت حالة واسقاط الالف (وتأجيل الباقي) ان كانت مؤجلة (تصح العقد الفطرة أولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبنى الصلح على الخطيئة والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى قيل معناه فقبل فهو برى وفي الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى ومن الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراه مطلق ادليس فيه ما يقيده

(قوله فيجعل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو برى) قيل معناه فقبل الخ) أقول فالفعل مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سبقت ذكره في الفرق بين التعليق والتقييد ٣ بخية بتشديد الخاء والياء نسبة الى شيخ أمير صريح ما وانظر اللسان كتبه محصيه

الأتري أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد
ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن يجري وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا يجري عدمه فبقى الابرء مطلقا وهو
لا يعود كما ان ابدأ بالابراء بأن قال أبرأتك عن خمسة من الاف على أن تؤدي غدا خمسة وأه ما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد
بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء الشرط (٤٣)

لبقائه على عدم الاصل
وموضعه أصول الفقه
وانما قلنا انه مقيد بالشرط
لانه بدأ بأداء خمسة في
النقد وانه يصلح غرضا
حذرا فلاسه أو توسلا

الأتري أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا
لكونه مستحقا عليه يجري وجوده مجرى عدمه فبقى الابرء مطلقا لا يعود كما ان ابدأ بالابراء واه ما أن
هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسة في الغد وانه يصلح غرضا حذرا فلاسه
وتوسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه
فيحمل عليه عند تغذر الحمل على المعاوضة تصحها لتصرفه وألانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله الأتري أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة)
قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بكذا فالمعنى حيث
ذكر أداء الخمسة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله
حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والاف في اللفظ دخل كلمة بلى في الابرء دون الاداء انتهى
فكانه جعل الباء على الاصلاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرنا مندوحة
عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء
لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء
لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه
شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب
الاداء والبراءة انما تستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها
فان لم يستفد في جانب الاداء شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال
صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط
لا يحيد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر
لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح
حملها على غيرهما لم يوجب بينهما علاقة المجاز ولا يحق أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا
لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول
فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة صحيحة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة
مريحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة الصحيحة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجهلها على المجاز وذلك
لا يتصور الا بكونه علة صحيحة للتجوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف
معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحها لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون
معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعلى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تغذر حملها
على المعاوضة لتصح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود
معنى المقابلة بيان للعلاقة الصحيحة للتجوز ويكون قوله تصحها لتصرفه أولانه متعارف ببيان للعلة

الى تجارة أربح فصلح أن
يكون شرطا من حيث المعنى
وكلمة على وان كانت للمعاوضة
لكن تحتمل معنى الشرط
لو جود معنى المقابلة فيه
فان فيه مقابلة الشرط
بالجزء كما كان بين العوضين
وقد تغذر العمل بمعنى
المعاوضة فتحتمل على
الشرط تصحها لتصرفه
وكأنه من ما قول عوجب
العلة أي سلنا أنه لا يصح
أن يكون مقيدا بالعوض
لكن لا ينافي أن يكون
مقيدا بوجه آخر وهو الشرط
(قوله أولانه متعارف)
معطوف على قوله لوجود
المقابلة يعني أن حمل كلمة
على على الشرط لا يحيد
معنيين اما لوجود المقابلة
واما لان مثل هذا الشرط
في الصلح متعارف بأن
يكون يحتمل البعض مقيدا
لأبراء الباقي والمعروف عرفا
كالشرط شرط فصار كالو
قال ان لم تغد غدا فلا صلح بيننا

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والاف في اللفظ دخل كلمة على في الابرء دون الاداء (قوله والاداء مستحق
عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والاطهر لم يستفد بشيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله
يجري وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاول أن يقال المراد بوجوده لفظا (قوله يعني ان حمل كلمة على الى قوله متعارف)
أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والاقرب أن يجعل عطف على قوله تصحها لتصرفه

(قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مندل أن يقول لغريم أو كفضل اذا أدبت أو متى أدبت أو ان أدبت الى خمسة فانت يرى من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انه مما يتغيران لفظا ومعنى أما اللفظ فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط مبرحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عريضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعريضة ان ثبت عند وجود الشرط والفقهاء في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتعليق أما الاول فلانه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعقاق والعقود (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كافي سائر التملكيات وتعليق الاسقاط المحض

والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة واستخرج البداة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الانف على خمسة فانت تدفعها الى غدا وأنت يرى من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالا لعلك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبراك من خمسة المراجعة للحمل على انجاز وجهين فينظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة) قال صاحب العناية قوله كافي الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كافي الحوالة متعلقا لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كافي الحوالة يعني ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء مما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صورته من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة اعما يناسب كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعني أن الابراء لما كان قائما بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كافي الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أم لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

جائز كمتعلق الطلاق والعقاق بالشرط وتعليق التملك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التملك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كافي الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف

كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرنا في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء فلا يخلو (قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصلحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالأداء قلنا ذلك مبني على اتحادهما مع ما بدئ فيه بالأداء حكما فليتامل

اما ان بدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالاشك (٤٥)

ثم بدأ كما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فيه وباطل لما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا بقيده وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح البراء ولا يعود الدين لان هذا البراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق الزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغرض صحيح والخامس اذا قال ان أدبت الى خمسمائة أو قال اذا أدبت أو متى أدبت فالجواب فيه أنه لا يصح البراء لانه عاقبه بالشرط صريحاً وتعلق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد بالرديج خلاف ما تقدم لانه ما أتى بصرح الشرط فحمل على التقيد به قال (ومن قال لا خيراً أقرأ بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخره

اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضاً تفلياً عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولاً فلا نه جعل الوجه الثاني قسماً عاماً بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصلحة وأما ثانياً فلا نه جعل الوجه الرابع قسماً عاماً لم يبدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية أما عن الاول فبان يقال ان البدء في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة لانه كان به معنى لان حاصل معناه أدائى غداً وخمسمائة من الالف وأنت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصلحة فانها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبدء بالاداء في وجه الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصلحة فلا معنى لبدء قسمي مبدئى فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع بدئى فيه بالاداء حكماً فعلياً مل انتهى (أقول) ليس هذا الجواب بشئ لان اتحادهم مع مبدئى فيه بالاداء حكماً لا يقتضي ولا يجوز جعله مبدئى فيه بالاداء الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مبدئى فيه بالاداء بناء على اتحادهم في الحكم مع مبدئى فيه بالاداء وهو الوجه الاول لخارج جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المسديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضاً فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بالاداء خمسمائة لان البراء حصل مقر ونابه فن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فافتقرا) أقول فيه بحث لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا أنه

اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخره (بجميع المال) في الحال (قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع قسمي مبدئى فيه بالاداء فكيف يجعل قسمي مبدئى فيه بالاداء لا يقال جعله قسمي مبدئى فيه بالاداء لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ بل بدئى بالبراء لان الوجه الثاني أيضاً كذلك كما يظهر من جامع الترمذي والله أعلم

اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخره (بجميع المال) في الحال (قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع قسمي مبدئى فيه بالاداء فكيف يجعل قسمي مبدئى فيه بالاداء لا يقال جعله قسمي مبدئى فيه بالاداء لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ بل بدئى بالبراء لان الوجه الثاني أيضاً كذلك كما يظهر من جامع الترمذي والله أعلم

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كتم مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشتركة وقد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما منه مائة من رجلين بمائة مائة وبيع الآخر نصيبه منه بمائة وكتب عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشراكة بينهما بالحداد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكفي بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٧٤)

واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفقة لانهما لو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسة مائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن المشتري أن يقبل المبيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كتم المبيع إذا كان صفقة واحدة وعن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المشترك إذا عرفناه هذا فنقول في مسألة الكتاب له أن يبيع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باقي في ذمته لأن القباض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الترخيم بالساق) لأنهما لما اشترى كافي المقبوض لأبدان يسبق الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كما لأن مبيع البيع على المالك كسنة بخلاف الصلح لأن مبناء على الأغماض والخطيطة فلو أجزأناه دفع ربع الدين بتضرره في اختيار القباض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه

نعمه
لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه
سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القباض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك السؤال إلا أنه منافي لما تقررا نفا من أن صاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليقه لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشترى فيه لأعينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصته القباض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك السكك في المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشترى كافيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ النصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مما عالا من حق

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كتم مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشتركة وقد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما منه مائة من رجلين بمائة مائة وبيع الآخر نصيبه منه بمائة وكتب عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشراكة بينهما بالحداد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكفي بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٧٤)

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان الباقي على الترخيم لما اشترى كافي المقبوض لأبدان يسبق الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك بخيرابن دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين مالز منه بشراء الثوب وما كان له على الترخيم كدلاي من غير خطيطة وأغماض لأن مبيع البيع على المالك كسنة ومثله لا يتوهم فيه الأغماض والخطيطة بخلاف الصلح لأن مبناء على ذلك فلو أجزأناه دفع ربع الدين البتة تضرر في اختيار القباض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فلا يشترك في ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ذهب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتا في ذلك لأن النقود عيننا كانت أو ديننا لاتعين في العسود وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شي تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك يسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة) فله أن لا يشارك (لثلاثين) ماله عليه فإنه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لأنه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ذهب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتا في ذلك لأن النقود عيننا كانت أو ديننا لاتعين في العسود وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شي تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك يسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة) فله أن لا يشارك (لثلاثين) ماله عليه فإنه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لأنه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ذهب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتا في ذلك لأن النقود عيننا كانت أو ديننا لاتعين في العسود وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شي تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك يسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة) فله أن لا يشارك (لثلاثين) ماله عليه فإنه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لأنه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

كما انما مات المال عليه مناسبات ان المحتمل يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريرين دين فغيره قبل الدين المشترك فأقر بذنت
لم يرجع عليه الشرير لأنه تاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدين قضاء عن أوله اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب
والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس يقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام) حتى لو
كان له على المدينين عشرة درهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة بالخمس وللأخر عشرة (ولو أبرأه عما
عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلا ناله ما حال صاحب النهاية ما ذكره من صفته الاختلاف متخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول
يحمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية يحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه أبرأه
مؤقتا لأبرأه المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل
وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعينه عن بعض واقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز
أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعينه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر
بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجب (٤٩) فيما يفتعل ذلك فيه فغنى قوله

لامتياز أحد النصيبين
لاستلزام التأخير الامتياز
فان قيل فقد يجوز أبرأه
أحدهما عن نصيبه وذكر
الأبرأه يوجب التمييز بكون
بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما
يستعمل فيه ذلك أحجب
بأن القسمة تقتضي وجود
النصيبين وليس ذلك في
صورة الأبرأه بوجوده فلا
قسمة لا يقال لو كان
القسمة أمراً وجودياً لزم
ما ذكرتم وانما هي رفع
الاشتراك أو الاتحاد أو
ما شئت فسمه وذلك عدى
فلان لم أنها تقتضي
وجود النصيبين لاننا نقول
القسمة افراز أحد

ولو وقعت المقاصة بين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه
عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس يقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من
السهام ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالأبرأه المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي
الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض
والاستقرار بنصيبه قبض
كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تتميز بالحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن
القسمة فيها معنى التملك لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في
يد الآخر وتلك الدين لغيره من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان
الشرير بكونه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعديل قول المصنف أنه أن
لا يشاركه الا لا يملك ماله ماعيناً منه فإنه خلف باطل (أقول) فيه نظر لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة
أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر وما بطلاناً (قوله ولو وقعت المقاصة بين كان عليه من
قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة
قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم
الأن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنه أيضاً (قوله
ولا يصح عندهما لأنه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذه المقام
وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول
والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تسكهله سابع) النصيبين لتسكيل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما
لا محالة وارتفاع الشرية من لزامه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً فهلك في يده فهو
قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للآخر وكذا اذا استأجر من الغير بنصيبه داراً وسكنها
فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهه لأن ما عدم منافع البضع من المنافع جعل
مالاً من كل وجهه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشيء الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع الى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز
أبرأه أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحج الأبرأه عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الأبرأه والا فكيف تعاق
الأبرأه بنصيبه خاصة فليتنامل في جوابه (قوله أحجب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا
يلزم ذلك في صورة الأبرأه لم يخرج الى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلان لم أنها الخ)
أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاسراق عند محمد خلافاً لابي يوسف) وصورة ما اذا رعى النار على ثوب المدين فأحرقه وهو يساوي نصيب الحر وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن الشريك الساكن أن يبيع الحر بالاجماع. ثم درجته الله ان الاسراق انلاف للمال مضمون فكان كالتعصب والمدين صار قاضياً لنصيبه بطريق المتابعة فيجعل المحرق مقتضياً ولا يوجب رجة الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا نابض لان الاسراق انلاف فكان هذا نظير الجنابة (٥٠) فان لو جنى على نفس المدين حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للاخران

وكذا الاسراق عند محمد رجة الله خلافاً لابي يوسف رجة الله والتزوج به انلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جنابة العمد قال (واذا كان السلم بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رجة الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض على تميز أحد النصيبين عن الآخر ولا فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يميز بعضه عن بعض وإن لم يميز بطل قولكم لا تميزاً لأحد النصيبين عن الآخر يكذا وكذا الجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء وجهه فيما يستحيل ذلك فيه معني قوله لا تميزاً لأحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قبل فقد جوزوا البراءة أحدهما عن نصيبه وذكر البراءة وجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمية تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة البراءة بوجود فلا قدمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمية في صورة البراءة بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصره له نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما وجب التمييز بتحقيق في صورة البراءة أيضاً لو استلزم مجرد ذلك قسمية الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة البراءة أيضاً وأما عدم تحقق القسمية بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمية كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتمييز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمية في الدين لافي صورة البراءة ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمية في الدين لما بطلت قسمية الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمية في الدين لافي صورة البراءة ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله) وكذا الصلح عليه من جنابة العمد قال في النهاية ومعراج الدراري قيل انما قيد بجنابة العمد لان جنابة الخطاير جمع ولكن ذكر في الايضاح مطلقاً فقال ولو زوج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشر يكسب لان الصلح عن الموضحة بمنزلة السكاح انتهى وقال في العناية بعد ذلك كرماء وجهه وأرى أنه قديمه بذلك لان الارش قد يلزم يمكن مقتضاه الشئ انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقل لا تعقل صلحا على ما سيجي في انهمى (أقول) هذا ساقط جداً لان العاقل انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجي في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جنابة العمد وانما امر اد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجنابة الخطاير ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضاه بل قد يلزم العاقلة فأين ما أراد مما أورد ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولاً فلا ان القائل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله فلم يكن مقتضياً لشيء إذ قد كان مقتضياً قد مر ما لمزمه أن يؤدي مع العاقلة وأما ثانياً فلا ان كره انما يقتضي اطلاق الجنابة لا تقيدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضياً لشيء لمزم أن لا يرجع شريكه

يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاسراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئاً مضموناً بقبل الشراكة فانه يملك به البضع وانه ليس بمال مقسوم ولا مضمون على أحد لمكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وإن كان بالنصيب لفظاً فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيه مرقضاء الاول فيتحقق القضاء والاقضاء والصلح على نصيبه بجنابة العمد انلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئاً قابلاً للشراكة بل أتلف نصيبه قبل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطاير جمع عليه وأطابق في الايضاح فقال ولو سجد موضحاً فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة السكاح وأرى أنه قديمه بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء قال (واذا كان السلم

بين شريرين الخ) اذا أسلم رجلان رجلان في كحظة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الاخران أجازا وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما ما بقي من السلم مشتركاً بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل

(قوله فيتحقق القضاء والاقضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي

وقال أبو يوسف جازا اعتبارا بسائر الديون فإن أحد الدائنين إذا صالح المدينين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشار كه في المقبوض وبين أن يرجع على المدينين نصيبه كذلك هي هنا (وعما إذا اشترى بعبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع أن عبدا الصلح أقاله وفيه لعقد السلم ولا في حنفية ومحمد وجهان أحدهما أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العيين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العيين فإنما إذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه انحصار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهم ما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني أنه لو جاز الصلح لشار كه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما وإذا شار كه فيه

يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شار كه

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وعما إذا اشترى بعبدا فأقال أحدهما في نصيبه وله ما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبه ما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العيين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهم ما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا شار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا إذا خلط رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كافي الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتمييز وجه فليتأمل (قوله وله ما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبه ما لا بد من إجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة واللازم باطل وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيهما بعينه كالأجنبي مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز إذا كانت قصدا وأما إذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الأول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا شار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن ويثبت لكل واحد من مادي في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بأمثالها وفي السلم لم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديده السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا

عليه كافي الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتمييز وجه فليتأمل (قوله وله ما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبه ما لا بد من إجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة واللازم باطل وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيهما بعينه كالأجنبي مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز إذا كانت قصدا وأما إذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الأول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا شار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن ويثبت لكل واحد من مادي في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بأمثالها وفي السلم لم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديده السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترضي

انما هو (إذا خلط رأس المال) وعقد عقد السلم وأما إذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهو لا نظر والى الوجه الأول وهو قوله بالعقد قام بهم ما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظر والى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشار كه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شر كتم في المقبوض ولا مشار كه عند انفراد كل منهما عما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمد إذا كانا اختلاف في السبوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح بعدم الخلط أن الآخر لا يشار كه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن قوله الذي ذكر لأجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن المبرجج للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط أو لم يخلط

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول القائل هو الخبازي نقلا عن الأوضح

فصل في التخرج من الخراج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخير هذه وقوعه فإنه قلما يرضى أحدان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شرط تد كرفي أثناء الكلام وتصور المسئلة ذكرناه في مختصر الضوم والرسالة قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضاً جاز قل ما أعطوه أو أكثر وقيد بذلك لأنهم لو كانت من النقود كان مثلاً شرط سنه رد وهذا لأنه أمكن تصحيحه ببيعاً أو البيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله إيراداً لأن الإبراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح (٥٣) فان قيل لو كان يباع لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالة تفقد

فصل في التخرج (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقاراً أو عروضاً جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه ببيعاً وفيه أثر عثمان فإنه صالح غاضر الاشجعية أمره أعبءه الدارح بن عوف رضي الله عنه عن ربيع عنها على ثمانين ألف دينار أن يعود ويقول هذا المعنى موجوداً أيضاً فيما إذا اشترياً بعبداً قال أحدهما في نصيبه والفرق للمذكور في الجواب المزبور لا يمتشي فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يجدد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الإقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض به تأمل تفقد

فصل في التخرج من الخراج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما آخره قلة وقوعه إذ قلما يرضى أحدان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لو وقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح غاضر الاشجعية أمره أعبءه الدارح بن عوف رضي الله عنه عن ربيع عنها على ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن أحدي نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وقال محمد أيضاً حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخرج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشاهد عن عمرو بن دينار أن أحدي نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلام الدين الأسدي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي غاضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد حفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنهم ادراهم أو دنانير وذكروا ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالح ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

البيع أجيب بأن الجهالة المفصلة إلى النزاع تفقد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفتى إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له جازوا لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن أحدي نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وهي غاضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد حفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار إلى

فصل في التخرج (قوله ووجه تأخير هذه وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قسوله حال كون التركة عقاراً الخ (قوله صالحوها) أقول الغمير في قوله صالحوها راجع إلى أحدي نساء (قوله وهي غاضر التي قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا التلخيص لهم أن المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير ان الوارث الذي في يده ببقية التركة ان كان جاحداً لكونه في يده يكتفي بذلك القبض أى القبض السابق لانه قبض ضمان فنيوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما من باب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس تماماً اذا كان الذي في يده ببقية التركة لانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقيدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثابة الزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساوياً بالنصيبه أو أقل أولاً بعلم مقدر نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساوياً فلا زيادة العروض واذا كان أقل فلا زيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الاراء أيضاً لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق أما اذا ادعت ميراث زوجها أو أنكر الورثة الزوجية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهور والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة

ولا قضاء اليقين وليس ذلك ربا ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أولاً ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبطل الصلح كذلك جاز كنهما كان صرفاً للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس امكنه صرفاً قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً ما في الدين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده ببقية التركة ان كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان ممة راباً لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثابة الزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبطل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصه المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو عليه الدين من غير من عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلا اقساء نصيبه متبرعين الى هاتلظ غايه ايمان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشرح ههنا غير أنه ذكر في سائر الشرح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرون ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثابة الزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصه المصالح وأما في العين فلا محاد الصفقة والخيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط وتمليك الدين من عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يجعلا اقساء نصيبه من الدين متبرعين

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكاكي أى في الكل في العين والدين أما في الدين فليكونه على الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلا محاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قال يصح في حصه الزيت وينفسد في حصه الشعير وههنا أقصد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يبق العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والعين بمن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام غواهر زاده فليتمل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصلحوا عما وراء الدين
ويجلبهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الخنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك
ومن غير جنسه خلية عن العوض فتعذر تجوز بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين لزوم
الربا ولا يصح تجوز بطريق البراءة عن الباقي أيضا لان التركة عين والبراءة عن الاعيان باطل كذا في
الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق البراءة عن الباقي
منظورة فيه عندى لان البراءة عن نفس الاعيان وان كان باطلا لان السيرة عن دعوى
الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه
بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهم ما يمكن فان قلت قد مر
في الكتاب أنه لو ادعى دارا فاصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في
الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذ لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قد مر أيضا
في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر
في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية
في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن البراءة لا في عينها ودعوى والبراءة
عن الدعوى صحيح وان كان البراءة عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية
واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما وردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكيم أبو
الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التضاد وأما
حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المناكسة ويقضى به يمينه فلا يمكن
الربا كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهم في النهاية ومهرج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسديجاني
في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكيم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها
من العين في حالة التضاد وأما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه
اسقاطا ثم قال الامام الاسديجاني والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي
فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر
الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكيم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصته من مال الربا في حالة
التضاد وأما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في
حق الآخر لاخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لان عدم
كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخر فمضوع فان قلت انما
لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخر لاخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بمحمله على
أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه
قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والبراءة عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن
تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بمحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الا آخر لا يمكن
تصحيحه في حالة التضاد أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا
على عدم امكان تصحيحه أصلا في حالة التضاد نعم بقي لنا الكلام في هذه المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا
الصلح في الحالتين معا بمحمله على السيرة من دعوى الباقي من اعيان التركة لانه نفس تلك الاعيان
والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

وفي الوجهين ضرر ببقية
الورثة) أما في الوجه الاول
فلان بقية الورثة لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء وفي
الوجه الثاني لزوم النقذ
عليهم عقابا لالدين الذي هو
نسبة والنقد خير من
النسيئة (والاوجه أن
يقرضوا المصالح مقدار
نصيبه ويصلحوا عما وراء
الدين ويحصل الورثة على
استيفاء نصيبه من الغرماء
قال المصنف (وفي الوجهين
ضرر ببقية الورثة) أقول
قال في الكفاية لعدم
دعوتهم على الغرماء انتهى
هذا هو الحق لا ما في سائر
الشروح من لزوم النقذ
بالنسبة في الصورة الثانية
اذ بالنسبة عند التسرع
قلية أمل (قوله وفي الوجه
الثاني لزوم النقذ عليهم)
أقول فيه بحث

ولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاستعمال الربا
رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الأول
فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا للدين الذي
هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية هذا
هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتنامل
انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عنه ولا بدله من بعد وقد
يكون في نقده وتعيبه بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن
يأخذ عنه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحد
من صورتي التبرع جعله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ففسر بقية الورثة في الوجهين
معاً عدم رجوعهم على الغرماء وجهه أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاخس
الضرر في الصورة الأولى ففسر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم
إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من النقول عن الصورة الثانية للتبرع وأعلم أن صدر الشريعة جعل هذا
الوجه الثاني في شرح الوفاة على ما جعل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية إن بقية
الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يقتصر
بقية الورثة لأن المقدخين من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية
وشرح كتابه فاطمة وسائر المحققين كما صاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الأولى أن يشترطوا
أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بما وفي هذا الوجه فائدة
ليقضية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لأن حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه
بحث لأن ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا بقية الورثة فإن قيل إذا لم يبق للمصالح على الغرماء
حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة بقية الورثة قلنا إن حصل
لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصته المصالح لا تصير لهم فقوله لأن حصته
تصير لهم حجة عليه لاله فلا وجه لذكره في تعديل فائدة بقية الورثة ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح
زاد في الظهور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان
ذلك الضرر يجبرهم هذا النفع وقال في حاشيته فيسهل لأصحاب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور
ولم يعتبر بالنفع وأصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث إذ لا يخفى على
الظن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضاع ذلك القدر من
مال التركة بالأكية ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه
لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين شداس ذلك فالحق
مذكره صاحب الهداية (قوله) ولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يجوز لاستعمال الربا بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا
كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمنزلة بدل الصلح ويكون زيادة البدل
بحقه من بقية التركة كما في الكتاب كما إذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب
أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمنزلة الزيادة

ولم يكن في التركة دين
وأعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يجوز
لأستعمال الربا وهو قول
الشيخ الإمام طهـ ير الدين
المـرغيناني بأن كان في
التركة مكيل أو موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل
الصلح أو أقل

يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لهما أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكمل أو موزون أو غير ذلك (وقيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين والبراء عن العين لا يجوز وإذا كان بيعاً كانت الجمالة مانعة) (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في بدقية الورثة) فإتاحة احتياج إلى التسليم حتى يقضى إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز احتياجه إلى ذلك وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغراً أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يتلک التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما يقضو دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالواجب وأما القسمة فقد قال الكرخي أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً وجه الاستحسان أن الدين يمنع تمام الوارث إذا من جزء أو هو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه

وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لكانت أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً والمصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنه لا تنقضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وإن كان على الميت دين مستغراً لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتلکها الوارث وإن لم يكن مستغراً فلا ينبغي أن يصالحوا ما يقضو دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالواجب وقد كره الكرخي رحمه الله في القسمة أنه لا يجوز استحساناً وتجوز قياساً

بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا إذا خفي في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة مكمل أو موزون وبديل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فإله اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لاني جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكفاية تبيهاً أيضاً لما ذكرناه من الخلل فأكفى بذلك المثل حيث قال في تعليل هذا القليل لاحتمال أن يكون في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واتفق أثره صاحب معراج الدرابة ولكن الوجه أن يزداد عليه قيداً أو أكثر كما تقدم عليه أنما لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيجوز أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيجوز أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذ لا يلزم الربا بالمساواة فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا ولكنه سقط ههنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيجوز أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فاتهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد أن يبين من يباح احتمال كل واحد من جانبي النكحة والفساد أو ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فإن هذا الاحتمال لا يحتمل جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقهوراً على جانب الفساد كان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته تأمل نقف ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقد قل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول فيه نظراً أما أولاً فلأنه لا احتياج ههنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً لأن الشك الأول من تفصيله قد استغنى عنه ما بالمسئلتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال أحداً من قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخيراً ما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منه بمال أعطوه إياه والتركه عتقاً أو عروضاً جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً وأما ثانياً فلأن التفصيل الذي ذكره لا يخالف عن احتمال لأن قوله إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدر من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر منه لا مرداً وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

﴿ كتاب المضاربة ﴾

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما هو ايضا مستوفى وأما بالتأفلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعترف فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدرك حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة

﴿ كتاب المضاربة ﴾

﴿ كتاب المضاربة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة وسمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحدو حدوه هي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطنا (أقول) فيه فتور اذا الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست بنفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الاجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبل أو ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل قال في العناية وشروطها أنواع صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك اهـ (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضا أنواع نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضا وعبارة العناية تشير بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والو كالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الو كالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلا ن حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الو كالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في تفسير من المعبرات حتى المتون التي أتت الى ما قال في الوقاية وهي ايداع أو لا تو كيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلا ن حكمها لم يذ كر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا ثبت بها أولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في السكا في والكفاية وحكمها أنواع ايداع وو كالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعددا كما سيأتي وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبت ثمنه فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحهما أن يجعل احكاما للمضاربة الصحيحة الا أنهم ما يصلحان أن يجعل احكاما للمضاربة الفاسدة فمن أدركهما في أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لاننا نقول لاشك ان ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرها انما يراد بها كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولتنسلم صحة التعميم

﴿ كتاب المضاربة ﴾

لان المضارب يسير في الارض غالباً بالبرج (قال الله تعالى وآخرون يفسرون في الارض ينتعون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطوا) ومشرعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غني عن التصرف فيه وبين مئنت في التصرف صفر اليد أي خالي اليد عن المال فكان في مشرعتنا النظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى مذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتقاطيعها وركن الاستعمال ألقاها تدل على ذلك مثل دفعته اليك هذا المال منار بذأ ومقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله منك هذا وشروطها ثوان صحيحة وهي ما يبطل العقد بقراءته وثانته في نفسه أو يبيد العقد حياً كإسبا في ذلك وحكمها الزكاة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن قبوله يابى عنه والابجاع ذاته صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضارباً بشرط على المضارب أن لا يسلك به بحر أو أن لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فإن فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرر اليه صلى الله عليه وسلم أمر ايعانه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الحساب) من غير ذكره فكان اجتماعاً دل (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

بأمر ماله لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لا يتصرف فيه بأمر ماله فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع في شركته وإذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كلاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات وإذا خاب كائن غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غني عن التصرف فيه وبين مئنت في التصرف صفر اليد عنه فسمت الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرهم عليه وتعاملت به الحساب ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر ماله لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر ماله وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله فإذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراعاة الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

للمضاربة الفاسدة أضاف الى الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجي أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اه (أقول) ليس هذا بشيء لان الباع في قوله بسعيه وعمله للسعي والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفته السبب مجرد الايدال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما اذا ففسره المصنف بقوله ومراعاة الشركة في الربح لأن رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدون الشركة إشارة الى انتفاء العقد بانقضاء لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلولاً رائجاً عند محمد وعباساً رائجاً تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مساهمة فأن في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركن الاستعمال ألقاها تدل على ذلك) أقول لعل المراد اللفاظ المستعملة (قوله وحكمها الزكاة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولاً لانه قبض المال باذن ماله لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المتبوض على سوم الشراء لانه قبضه بلا وجه بخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمر ماله حتى يرجع لما يلحقه من العهد تدل على رب المال كوكيل الخ انتهى هذا بخلاف ما في الشرع من انه وكيل عند الدفع فليتامل

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني انه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالراى وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخرج أما عند أبي حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أى في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع المالك في المشتري لا يصح المضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقض مالى على فلان واعمل به مضاربة جازلان لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذى في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالك في المشتري لا يصح المضاربة بالعرض

كأنه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بحصة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعليق أى لان عقد المضاربة مشتل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون المشتل عليهما هو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل أيضا لا يخالف الكل الجزء اهـ واقتضى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالراى (أقول) فيه بحث أما أولا فلا أن المضاربة مالم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به وصح في الكتاب آتيا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافى ما قطعنا فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة وأما ثانيا فلا أن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فأنهم قطعوا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البيئية على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعنا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلا أن الوكالة والاجارة لا يمتثلان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلا أنهم اتفقوا على انها حكم من أحكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلا أنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشئ منافي لاحتكامها ضالها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كذا التقديرين لا تصلح الجزئية منها حديث الجزئية في تسمية التعليق المزبور بما لا وجه له ولم أر أحد اقام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تسمية ذلك بتقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضاف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة أو ودعة أو اجارة وليس في شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اهـ نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل ثم أقول ببقى بحث قوى في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعرضا منها الشركة فاذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء لا يظهر أن يقال

(قوله لا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق في الجزء كتاب الوكالة ان الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل للجزء (قوله واذا لم يصح كان المشتري

للمشتري) أقول ولا يظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل

قال (ومن شرطه أن يكون الربح بينهما مائة الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مائة مائة أو معناه أن لا يستحق أحدهما
دراهم من الربح مائة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين
انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) العدم ثم قسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

قال (ومن شرطه أن يكون الربح بينهما مائة لا يستحق أحدهما دراهم مائة) من الربح لأن
شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)
لفساده فله لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح وهذا لأنه انتفى عن منافعه عوضا ولم يزل
لفساده والربح لرب المال لأنه نفع ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر
القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لما في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل
لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

إذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ (أقول) قد
مر معنا حديث كون الوكالة جزءاً من المضاربة ليس يصح فانهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام
المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال
لأن تكون جزءاً منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل
عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهم قالوا أيضاً يجوز تسمية الوكالة من
المضاربة فيما مر ولكنهم ما أصابوا في ترك ذلك ههنا (قوله فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب
عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على
ما شرطاً كالنصف والثلث فله أي للعامل (أقول) فيه نظر لأن هذه المسئلة التي هي مسئلة
الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيراً للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدرى لوجهين
أحدهما أن المسئلة الأولى أعم من المسئلة الثانية لأن اشتراط دراهم مائة لا أحدهما ينشئ في صور
متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبذائع والخبرة وغيرها منها أن شرطاً أن يكون
لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي الآخر ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح
أو ثلثه أو عشرة دراهم ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه أو يزيد عشرة وفي كل ذلك نفد
المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح
إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فانهما ينشئ في صورة ثالثتين الصور
المذكورة فكيف يكون الاخص مفسراً للأعم وثانيهما أن حكم المسئلة الأولى فساد عقد المضاربة
باشترط دراهم مائة لا أحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد
المتخالفين في الحكم مفسراً للآخر فالحق عندى أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة لتفريق
والمقصود بالمسئلة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مائة لا أحدهما لتعاقدين
وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال إذا عرفت فساد عقد
المضاربة باشتراط دراهم مائة لا أحدهما أعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر
المثل للعامل لأنه ذكر في التفريق صورة اشتراط زيادة عشرة لكونه هي المذكورة في الجامع
الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من
الجامع الصغير أو من مختصر القدرى ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

لأنه ربما لا يربح إلا هذا
القدر فتقطع الشركة
وهذا أي وجوب أجر
المثل لأنه من لرب المال
بالعقد و (انتفى به عن منافعه
عوضا ولم يزل لفساد العقد)
ولا بد من عوض منافع
تلف بال عقد (و) ليس ذلك
في الربح (لكونه لرب المال
لأنه نفع ملكه) فتعين أجر
المثل وهذا التعليل يوجب
ذلك في كل موضع قدست
المضاربة (ولا تجاوز بالأجر
القدر المشروط عند أبي
يوسف) قيل والمراد بالقدر
المشروط ما وراء العشرة
المشروطة لأن ذلك تغيير
المشروع وكان وجوده
كعدمه (وقال محمد يجب
بالغما بالغ) كما ينافي الشركة
ويجب الأجر وإن لم يربح
في رواية الأصل لأنه أجير
وأجرة الأجير يجب بتسليم
المنافع) كما في أجير الواحد
فإن في تسليم نفسه تسليم
منافعه (أو بتسليم العمل)
كما في الأجير المشترك (وقد
وجد ذلك

(قوله ثم قسر ذلك بقوله
فإن شرط الخ) أقول فيه
إشارة إلى أن الفاء تفسيرية
(قوله والمراد بالقدر المشروط

ما وراء العشرة) أقول في القاموس وراعت ثلثة ألا خير مبنية والوراء هموز لا معتل ووهم الجوهرى
ويكون خلف وأمام ضدو يؤنث انتهى فورا ههنا يعني القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف
إذا العشرة زيادة على مشروط من الشركة في الربح (قوله لأن ذلك تغيير المشروع) أقول أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يرجح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يرجح لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوى فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أوجب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند انشاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦٩) والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا يخرولان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فإن قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لأبي يوسف رحمه الله فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى الملبوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما آله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعله -م اعتباراً بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والسكاكي وغيرهما فتمثل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معاً وما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فسادها فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرح به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجر يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سبل مفعم مما يجى للفعول وأسند للفاعل اذا لمفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء ملائته وقد أسند الى الفاعل لان السبل هو المالى لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستعجار قطعاً كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سبل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا يخرولان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر

المضارب حيث أوفسدت أمانته لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتمل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجهه الاشارة خفاء لا يخفى فليتمل (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه ناهي

تشر (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة لتزرعها (فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وشو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل الشرط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصته (١٠٠) العمل شبيهة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويقتضي بطلان الشرط كاشتراط الرضعية

على رب المال) أو علمها والرضعية اسم يترفعها من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما يجب فيم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المفسدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المفسدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد لا يقدمه مانع عن تحقيقه

على رب المال) أو علمها والرضعية اسم يترفعها من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما يجب فيم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المفسدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المفسدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد لا يقدمه مانع عن تحقيقه

قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل المضارب فيه ان ثمن جماعة من الشراخ قالوا وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لأنه أن أريد بالعين الواحد في قولهم ما لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لأن الإجارة إذا كانت عقدا على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالفقار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لا مكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لا أكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فان الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله وان أريد بالعين الواحد في قولهم ما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهم ما يعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل يراد بهذا المعنى في كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لا متناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الرضعية على المضارب) قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا يفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما إذا كان شرط يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور وعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

(قوله وكانت حصته العمل مجعولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تقضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العمل افسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصته من الربح فلهذا معنى قوله فيكون

حصته العمل مجعولة فليست أم (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام نفسه وإن كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة وفسد الشرط فليست

قال (ولابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب الخ) لابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخصيص للعمل لئلا يتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخصيص وأما الشركة فالعمل قيم من الجانبين فالوشرط خلوص اليد لحددهما انتهى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسداً لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقداً كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأب يد المالك ثابته له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع (٣٣٠) المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

ملكه وإن لم يكن عاقداً وإذا شرط العاقداً الصغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لافان كان الأول كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي فكان اشترط العمل عليهما مجزئاً من المال جازاً وإن كان الثاني كالأذن يدفع المال مضاربة فسدت لأنه وإن لم يكن مالكا ولو لم يكن يتصرفه بآبته فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة والله أعلم قال (وإذا صححت المضاربة مطلقة المراد بالطلق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة ويشترى ما بدله من سائر

قال (ولابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه) لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل لئلا يتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلا وشرط خلوص اليد لحددهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسداً لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك له وإن لم يكن عاقداً واشترط العمل على العاقداً مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشترطه عليهما مجزئاً من المال قال (وإذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) لا طلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وإن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي علم تمكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المودع صحيح يجوز أن يقال زيد المودع ليس بصير وقوله بهذا خطأ وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد مناه مانع عن تحققة انتمى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد للمقام لان معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح والخسارة ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله وإذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بأن لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة فالعقد باطلاً لأنه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفضياً الى المقصود وفيؤكل ويبضع ويودع لأنهما من صنيعهم ويسافر لان المسافرة أيضاً من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كاتقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لأنه هو المراد في الغالب إذا لا يستقيم الغربة مع إمكان الرجوع فلما أعطاه عالمنا بغيره كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرواية ما ذكر في الكتابين يريد قوله والمسافرة يعني أنها من صنيع التجار

(ولا يجوز لأضارب أن يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيتك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبيده وجواز الكتابة للكتاب والاجارة للاستأجر والاعارة للاستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة وأولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها (بخلاف الإيداع والابضاع لأنهم مادونه فيمتصهم ما وبخلاف الإقراض فإنه لا يملك به وإن قيل له اعمل برأيتك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فنصنعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

على الهدالة من غير ضرورة وإن دفع في غير بلد له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيتك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يוכל غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيتك بخلاف الإيداع والابضاع لأنه دونه فيمتصه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيتك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فنصنعهم وكذلك الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة في تخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره

يعنى قوله اعمل برأيتك فإن قيل إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها أعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة عدمه أجب بأن كلامنا من جهتي الجواز وعدمه صالح للعلة فلا يترجح غيرها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها وقهر المأهو المقصود وهو الربح وليس له أن يضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا مملكت الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره

ولا مكان (أقول) هذا تقصير منهم جداً لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست مطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط إذا دفع مالاً مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وإن اشترى بها ما يملكه من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيتك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبيده وجواز الكتابة للكتاب والاجارة للاستأجر والاعارة للاستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة وأولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل

(قوله لأن المضاربة تضمنت

الأمانة أولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الإيداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لأن الثابت بالأذن المذكور فكأن الجرح العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المأذون الأصلية ولما كان كذلك كان فكل الجرح عن التجارة بمنزلة إسقاط المالك عن العبد بالاعتاق لأن فكل الجرح عبارة عن إسقاطه ثم المعتقد يعتق عبده فكذلك المأذون بأذن عبده فلا يفتي عليه ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجيء في ملية أمل (قوله أجب بأن كلامنا من جهتي الجواز صالح للعلة فلا يترجح غيرها) أقول لا يظهر فلا يترجح أحدهما بالآخر (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم السلعة أيضاً فإن السلعة متفاداة تكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر

ان يخرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري ورثته له لانه تصرف فيه بخلاف امره (وان لم يشتروا الى البلد
التي عنه سقط الضمان كما لو دفع الخائف اذا ترك الخائفه ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعدل السابق) فان قيل قوله
ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذ ازال العقد لا يرجع الا بالتجديد اوجب بأنه على غلر رواية الجامع الصغير
لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافاً وانما قال يرجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية الميسر
فانما زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصمر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتريه ثم رده الى
الذي عينه كان المراد والمشتري في المصمر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعدل السابق وأما اذا اشترى

ببعضه عيه وبعض آخر
في غيره فهو ضامن لما اشتراه
في غيره وله ربحه وعليه
وضيعة لتحقيق الخلاف منه
في ذلك القدر والباقي على
المضاربة اذ ليس من ضرورة
صير ورثته ضامناً لبعض
المال انتفاء حكم المضاربة
فيما بقي وفيه نظر لان
الصفقة واحدة وفي ذلك

قال (ان يخرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف به غير امره وان لم
يشتري حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كما لو دفع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع
المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعدل السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصمر كان
المراد والمشتري في المصمر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء به ما هو رواية الجامع الصغير
وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى
المصمر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء لتقرر لاصل الوجوب
وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصمر مع تبين
أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالثمن بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير
السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن
النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم
المالكية أما المأذون فلا ان الاذن قلنا الجرح ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما
المكاتب فلا نه صار حريداً وأما المستأجر والمستعير فلا نه ماله ملك المنفعة (قوله ورجع المال
مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا
زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اوجب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف
انما يتحقق بالشراء والقرض خلافاً وانما قال يرجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية
الميسر فانما زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفسه الاخراج اهـ (أقول) قوله انه رواية الجامع
الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف لما حقه المصنف وغيره فيما ساقى من ان شرط
الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ
يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضاً فالحق في الجواب أن يكفي بأن يقال ان
المضاربة زائلة بالاخراج زوالاً موقوفاً اذا لم يشتريه بالمال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان
وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالاً مطلقاً غير موقوف على
شيء (قوله الا اذا صرح بالثمن) بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية
اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال ببيع بالنسيئة ولا تبع

تفريقها والجواب ان الجزء
معتبر بالكل وتفريق
الصفقة موضوع اذا استلزم
ضرراً ولا ضرر عند الضمان
وقد أشرنا الى اختلاف
رواية الجامع الصغير
والميسر قال المصنف
(والصحيح أن بالشراء يتقرر
الضمان لزوال احتمال الرد
الى المصمر الذي عينه أما
الضمان فوجوبه بنفسه
الاخراج وانما شرط الشراء
يعني في الجامع الصغير (لا تقرر
لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال على أن
يشتري في سوق الكوفة

(٩ - تسكهه سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصمر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا
صرح بالثمن فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجرح والولاية اليه) ونوقض عما لو قال على أن تباع بالنسيئة ولا تباع
بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفاً وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المقيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمقيد من وجه
دون وجه متبع عند انقضاء المصمر مع لغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلاد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان
البيع نقداً بشئ كان ثمن النسيئة خيراً ليس الا فكان التقييد مضراً وأما الثالث فكل الثمن عن السوق فانه مقيد من وجهه من حيث ان

(قوله وغيره) أقول أي غير المقيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقداً بشئ كان ثمن النسيئة) أقول
بجمله كان هبة بشئ واسم كان ضمير راجع اليه وقوله ثمن النسيئة خبر كان

البلد ذات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكاية أنه إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أما كنهه وغير مفيد من وجهه وهو أن المصير مع تبين أطرافه جعل مكان واحد كما إذا شرط الأبقاء في السلم بأن يكون في المصير ولم يربن اهله فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر وله يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألقاظا تدل على التخصيص وتقر ركلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يلب منها على التخصيص وما لا يدل وجله ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٢٢٩) ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه نفسره أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء الوصل أو قال خذ به بالنصف بالكوفة لأن البناء اللصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالف مع مريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخبر فلا يكون مخالفة خلافا لرفر وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لرفر لأنه مخالفة بالخبر اه (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فسلان قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخبر مما لا يكره يصح بعدد رج العكس المذكور في الاشكال لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخبر فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخبر أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كفاعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجله ذلك على ما عرفت ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطاً واثنان منها لا يفيد فاعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلذذ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لا يلتزم متى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لا تنفاد الضرورة هذا خلاصة ما ذكره هنا في جملة الشروح والسكاكي (أقول) فيه شيء وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء به عمل صرفوا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بالفظين اللذين حصر وافيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهو ما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أدألى ألفا وأنت سر قلنا لأنه غير صالح للحال

يجعل متعلقا به لا يلتزم وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لا تنفاد الضرورة على هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذ به في الكوفة محزوما ومرفوعا وكلام المصنف يحتملها أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ به بالنصف بالكوفة أو قال تعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يتدنى بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فيجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصير وفسوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في

الكوفة في معناه لأن الفاء الوصل والتعقيب والموصول المتعقب لهم تفسيره وكذا قوله خذ به بالنصف بالكوفة لأن ههنا البناء اللصاق ويقتضى الاتصال وجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعلم بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدألى ألفا وأنت سر قلنا لأنه غير صالح للحال (قوله فيجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به في الكوفة نفسرة لقوله خذ مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا (قوله وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به) أقول إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أوجب بعدم صلاحه له ذلك لأنها لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الانعقد ولو قال فعنه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه نفع التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات فضاء واقتضاء مناقشة في الحساب والنزعة عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصارفة جاز لان فائدة الاول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد رخص ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالزعر وغير الصرف واذا حصل ذلك لا يعتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عن الألفاظ) يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لامن غير سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقرر به أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة للماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت المضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب (٦٧) أن يشتري من يعتق على رب

المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقربة أو غيرها كالحلوف بعقده لان العقد وضع لتحقيق الربح وذلك لا يتحقق في آخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعقده فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا الإشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكالة يشترى من يعتق عيبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشترى عيبد أ يبيعه فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عن الألفاظ وذلك قال (وكذلك ان وقت المضاربة) وقاب بعينه به بطل العقد بعبه) لانه لو كسب فيتمت عقبا وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقربة أو غيرها) لان العقد وضع لتحقيق الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعقده ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء المالك بالقبض كشراء النحر والشراء بالمسنة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكن بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان في المال ربح ليحجزه أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا بالعبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

عنه لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب عما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعرّاج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكرها في الجواب المزبور لعدم صلاحية

مخالفا وهذا أي ولو كان هذا العقد وضع لتحقيق الربح لا يدخل في المضاربة شراء المالك بالقبض كالنحر والشراء بالمسنة لا تنفاد التصرف فيه وتحقيق الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض يمكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والولي ثمان كان نقدا الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب بمثل ذلك لانه قضى عمال المضاربة ديناء عليه وأما شراء من يعتق على المضارب فمقتضى العمل اما أن يكون في المال ربح أو لا فان كان لم يحجزه أن يشتري به لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لا تنفاد جواز بيعه لكونه مستسحب عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعناق فيمنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا بالعبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الانعقد) أقول وجعله حالا مقدرة بخلاف الظاهر

[illegible]

وان لم يكن في المذبح جازان يشترهم) لانه لا مانع من التصرف اذا لم يترك له فيه لمعتز عليه (فان
زادت قيمته بعد الشراء عتق نصيبه منهم) المملوك بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا صنع
من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورث مع
غيره (ويسمى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماله عند فبسم فيه كما في الوراثة قاله (فان كان
مع المضارب ألف بالنصف واثنى عشر بها جارية قيمتها ألف فوطئها اجزاء بواحد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت
قيمة الغلام الف وخمسة مائة والمدعي مؤسرفا شارب المال استسنى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان
شاء أعتق (ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ فقد شرطه وهو
المالك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما ما أعنى الذم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار
أعيانا كل عيين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الا ان يظهر الربح
نفذت الدعوة السابقة

يضمن المضارب إذا كان
مؤمرا ومع ذلك لا يضمن
زوجيه ذلك أن العدة
صحيحة في السائر لصدرها
من أهلها في مثلها جدا
على الفرائض بالنكاح بأن
زوجها منه البائع ثم يباعها
منه فوطئها فمقت منه
لكه أي الادعاء لم ينفذ
لنفق شرطه وهو المالك
لعدم ظهور الرجحان
كل واحد من الأم والغلام
مستحق برأس المال كمال
المضاربة إذا صار أعيا ناكل
واحد منهما يساوي رأس
المال كما اشتري بألف
المضاربة عبد من كل واحد
منهما يساوي ألفا وأنه
لا يظهر الرجحان وإذا لم يظهر
الرجحان لم يكن للمضارب في
الجارية ملك وبدون الملك
لا يثبت الاستيلاء واعتراض
زوجين أحدهما أن

قوله واعمل به بالكيفية للخال وعنى كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينهم في قوله تعمل به
بالكيفية بالرفع فيلزم أن لا يصلح الخال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى مخلقين رؤسكم
ومتفسيرين يريد أن يقال لم يكن الاصر كذلك في قوله واعمل به بالكيفية فلا تنقسم مادة الاشكال
بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل الـ وقال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قسوله واعمل
به بالكيفية جملة انشائية وقد تقررت في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء
كانت مع الزاوأ وبدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتنبخوا بما
يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا
بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكيفية حالا منتظرة كما في قوله تعالى مخلقين رؤسكم ولم يرد على هذا
شيأ فهو أيضا غافل عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك
ما أورده الشارح العيني وقصده توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر
فسكانه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدمى موسى) قال الشراح وانما قيد

أبوابية كانت متعينة لرأس المال قبل الزلل فتبقى كذلك وتعين أن يكون الزلل كما ربحا والثاني أن المضارب إذا
اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان ثلث ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الأول بأن
تعيينها كل لعدم المزاحم لأنهم رأوا رأس المال بأن رأس المال هو الدرهم وبعد الزلل تحققت المراجعة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما
أول بذلك من الآخر فاشتد برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والدرهم جنس واحد يقسمان جلة
واحد قرانا اعتبارا جلة يحمل البعض ربحا بخلاف العبدس فانهم لا يقسمان جلة بل كل واحد يكون بينهما على ماله ليكبر الرقيق
أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولوا واحد أو عندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل
واحد منهما ما شغولا برأس المال فإذا زادت قيمة القلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذ الدعوة السابقة لأن سببها كان
هو جودا وهو فراش النكاح إلا أنهم تنفسدوا بحود المانع وهو عدم المال فإذا زال المانع صار نافذا

بجلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصرف ثمنه لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فاختار أن ينفذ عند حدوثه كما اذا أقر بحرية عبده ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت بالنسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعل ذات وصفين يضاف الى آخرهما ما وجدوا أصله مسئلة السفينة والفدح المسكر ولا يصنع له فيه فإلا يكون متعديا ورضه ان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخر من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استساعه لا احتباس ماله عند نفسه وان شاء أعتق اكونه قابلا للعتق (٦٩) فان المستحق كالمالك عند

أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما ما قلنا يسرى له في هذا المقدار قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله رجحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لا نأذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء على الربح يظهر أن الجارية كلها ربح

بجلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك اما هذا فاختار أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبده ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت بالنسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لانه احتبس ماله عند نفسه وله أن يعتق لان المستحق كالمالك عند أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما ما قلنا يسرى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء فظهر أن الجارية كلها ربح فكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحبة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وثوقه نفاذها فقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تلك وضمن التملك لا يستدعى صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورائه يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ماهر

بقوله والمدعى مؤسر لنسب شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب ودون ضمان اعتاق في حق الولد وضمن الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان مؤسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سلمية ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قواهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدى ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنجيمه على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بماله اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلا لزوم لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما ما قلنا يسرى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا يجعل الامه رأس المال وجب جميع الولد رجحا قلنا لان ما يجب على

فكون بينهما وقد عتق المدعى نصيب رب المال منها يجعلها أم ولدا بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورائه فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فبات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بخبر صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الراد نانه ضمان اعتاق وهو ثلاث فلا بد من التعدى وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا يمنع له فيه لم يذكر لمصنف العقر وشؤون المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالأكسب

(قوله وفيه نظر لا نأذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحريه والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الذي غيره مضاربة ولم يأذن الرب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرجع فأذا ربح ضمن الأول ورب المار) وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع على أول يمدل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة وله ما أن الدفع إيداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع

باب المضارب يضارب
مضاربة المضارب مركبة
فأخرها عن المقررة اختلاف
علمنا في موجب الضمان
على المضارب اذا دفع
المال الى غيره مضاربة ولم
يأذن له رب المال فروى
الحسن عن أبي حنيفة
أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف
المضارب الثاني حتى يرجع
فالموجب هو حصول الربح
فان ربح الثاني ضمن الاول
لرب المال وقال أبو يوسف
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا
عمل به ضمن ربح أول يرجع
ثم يرجع أبو يوسف وقال
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان
ما يملكه المضارب هو
الدفع على سبيل الإيداع
لعدم الأذن بغيره ودفع
المضارب مضاربة ليس على
وجه الإيداع فلا يملكه
وله ما أن دفعه إيداع
حقيقة وانما يتقرر كونه
للمضاربة بالعمل فكان الحال
قبله مراعى أى موقوفا
ان عمل ضمن والا فلا ولا يبي
حنيفة ان الدفع قبل العمل
إيداع

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذا الثانية تناولت الاولى أبدا فكذا
بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيه ما وجه آخر أيضا هو ان
المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتناول المفرد أبدا واختاره صاحب الغاية والعناية
(أقول) فيه تعسف لأن مضاربة المضارب ران كانت بعد مضاربة رب المال لأنها مفردة أيضا غير
مركبة من المضاربين قطعا ألا ترى ان الثاني أبدا يتناول الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

وبعد ابضاع والفسد إعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا
 لانتزاع الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالأخطأه بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الأول أو عليه ما
 بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول (٧١) كلامهما فإن الأولى إذا كانت

فاسدة أو الثانية أو كليهما
 جميعا لم يضمن الأول لأن
 الثاني أجبر فيه وله أجر مثله
 فلم تثبت الشركة الموجبة
 للضمان فإن قيل إذا
 كانت الأولى فاسدة لم يقصود
 جواز الثانية لأن مبناها
 على الأولى فلا يستقيم
 التقسيم أجيب بأن المراد
 بجواز الثانية حيثئذ
 ما يكون جائزا بمسبب
 الصورة بأن يكون المشروط
 للثاني من الربح مقدارا
 متجاوزا المضاربة في الجملة
 بأن كان المشروط للأول
 نصف الربح ومائة مثالا
 وللثاني نصفه (قوله ثم
 ذكر في الكتاب) يعني
 القدوري (يضمن الأول ولم
 يذكر الثاني وقيل) اختصارا
 منه لقول من قال من
 المشايخ (ينبغي أن لا يضمن
 الثاني عند أبي حنيفة
 وعندهما يضمن بناء
 على اختلافهم في مودع
 المودع ومنهم من يقول رب
 المال بالخيار بين تضمين
 الأول والثاني في هذه المسئلة
 (باجماع أصحابنا) وهذا
 القول (هو المشهور) من
 المذهب (وهذا عندهما ظاهر
 وكذا عنده) لكن لابد من بيان

وبعد ابضاع والفسد إعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال
 فيضمن كالأخطأه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل
 الثاني لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل
 ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
 وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
 وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمصلحة الأول فلا يكون
 ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فإذا كان يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صححت المضاربة
 بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط إلا أنه ظهر أنه ملكه بالضمان

قطعا وإنما المربك بينهما الاثنان نعم إن مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل
 من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بحداد الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب
 (قوله وبعد ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول وكيل كافي شرح الكنتز
 للعلامة الزيلعي اهـ (أقول) ليس الأمر كما فهمه ثان المحكم عليه ههنا بأنه ابضاع انما هو الدفع
 لا عقد المضاربة والذي يتألف من الإبضاع وبلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما
 بلائم الإيداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل
 إلى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنتز
 للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه المروى عن أبي حنيفة أن العقد
 الجرد لا يوجب الضمان وله - هذا لا يضمن الفضول بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لانه
 ايداع وهو على ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل اهـ ولا يخفى أن المفهوم منها
 أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه
 وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج
 الدراية أي الضمان عليه ما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة
 صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الأول أو عليه ما بالربح أو العمل على
 ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يمتثل أن يكون المشار اليه بهما ههنا وجوب الضمان
 عليه ما أي على المضارب الأول والثاني بل كون المشار اليه بهما هو الضمان على الأول متعين لأن
 المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير ولم يمر من المصنف إلى أن شئ يشعر بضمان الثاني
 أضافه كيف يصح أن يجعل كلمة ههنا إشارة إلى الضمان عليه ما وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى
 المحسوس المشاهد وأما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله وجوب الضمان على الثاني
 مما لم تشر إليه قط إلى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا قصد
 بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول والثاني بل كون المشار اليه بهما هو الضمان على الأول متعين لأن
 بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمنزلة عنه (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمصلحة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمصلحة
 نفسه) من حيث شركته في الربح (فبما إذا كان يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صححت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

باب المضارب يضارب

قال المصنف (وبعد ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول وكيل كافي شرح الكنتز للعلامة الزيلعي

من وقت المنة المدفع على وجهه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجوع على الاول بالمدفع (أي بسببه) لانه
 من له (أي المنة) الاول (كما في المودع) راعى من كان كلاً من مقتضى لان قال قبل هذا يعمل فيه لئلا يفسد نفسه وهذه اذال لانه قال في المصارف
 الاول واجب باختلاف الجهة (١٢٣) يعني أن المصارف الثاني عامل لنفسه وبه شركته في الربح وعامل لغيره من حيث المنة في

من حين خائب بالمدفع الى غيره ولا على وجهه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني
 رجوع على الاول بالمدفع لانه عامل له كما في المودع ولا بد من وجهه في ضمن العدة وتعد المصارف
 والربح بينهما على ما شرطت في قرار النعمان على الاول فكل ما ضمنه ابتداءً ويطلب الربح للثاني ولا يطلب
 الا على لان المصلحة مستحقة بعمل ولا تحت في العمل والا على يستحقه قبله المستند بأداء النعمان
 ولا يعرض عن نوع خيب قال (فان ادفع رب المال من مزارقة بالنصف وأذن له بان يدفعه الى غيره قد دفعه
 بالثالث وقد تصرف الثاني ورجع فان كان رب المال قال له على أن مازرق الله فهو بينهما نصفان فرب
 المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الاول السدس) لان المدفع الى الثاني مضاربة قد صرح
 بوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول
 الا النصف فيتصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر الثلث لجميعه في فيكون له فلم يبق الا
 السدس ويطلب له ما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر
 غيره عليه بنصف درهم (ان كان قال له على أن مازرقك الله فهو بينهما نصفان والمضارب الثاني
 الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) فله فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف
 ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا
 (ولو كان قال له فماربحت من شيء فيبني وينسك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف
 والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذهب مقوض اليه من جهة رب
 المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو
 كان قال له على أن مازرق الله تعالى في نصفه أو قال فما كان من فضل فبني وينسك نصفان وقد دفع
 الى آخر مضاربة بالنصف فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول) لانه جعل
 لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط
 ويخرج الاول بغير شيء كمن استأجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره ليخيطه بمثل (وان شرط للمضارب
 الثاني ثلثي الربح فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول الثاني سدس
 الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيء هو مستحق لرب المال فلم يتخذ في حقه لما فيه من الابطال
 لكن التسمية في نفسه بحيث يكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الزاد
 به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استأجر ثوباً بدرهم
 بدرهم قد دفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

من حين خائب بالمدفع الى غيره ولا على وجهه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن
 يقول هذا التعليل انما يتشبه على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند
 أي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا تحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رحمه الله
 لا تحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاصح بالبيان والتعليل هو ما أقول
 أي حقيقته لكونه المذكور في الكتاب ثم قوله لكونه ظاهرة الرواية فلا يفتي أن يساق التعليل على
 وجه يختص بقول زفر فليتام في التوجيه

لا يتعد تصرفه وعمل المربح
 وهو السدس فمخرج والمظاهر
 من كلاً من مدفعه لانه
 قد قبل هذا يعمل فيه لئلا يفسد
 نفسه ولم يبق عامل لنفسه
 ويحوز ان يكون الشخص
 ملا غير المدفع لنفسه فز
 تنقض بينهما احدية (ولانه
 من وجهه في ضمن
 المستند) وان الاول قد غره
 والثاني اعتمد قوله في ضمن
 عند المزارقة والمغور في
 ضمن العقد يرجع على
 الفار (وقد صرح المصنف في الثانية
 والربح بينهما على ما شرطنا
 لان قرار النعمان على الاول
 فكان له ضمنه ابتداءً ويطلب
 الربح للثاني ولا يطلب الاول
 لان الثاني يستحقه بعمله ولا
 بحث فيه والاول يستحقه
 بل كالمستند بأداء النعمان
 ولا يعرض عن نوع خيب
 لانه ثابت من وجهه دون وجه
 وسبيله التصديق قال (فان
 دفع اليه رب المال مضاربة
 بالنصف الخ) هذه المسائل
 الى آخرها ظاهرة لا يحتاج
 فيها الى شرح وانما قال يطلب
 له ما ذلك أي للمضارب الاول
 والثاني الثلث والسدس
 لان الاول وان لم يعمل بنفسه
 شيئاً فقد باشر العقدين
 ألا ترى أنه لا يضيع المال مع
 غيره أو أبضعه رب المال حتى

ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً ولا لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في
 ضمنه لا يوجب النعمان كما اذا قال لا تخرد هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمناً فاسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه
 (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض واجب هو والاتقاني (قوله والظاهر من كلاً من مدفعه) أقول أي
 عدم التناقض (قوله ويحوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لئلا يفسد نفسه) أقول الظاهر أن الام للمدفع

(فصل ٧) لما كان المضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقول له ولعبد رب المال في مقابلة شيئا أن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشرط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون رب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضممان العمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أو لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد عاذرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشرط كالمسكوت

(فصل ٨) وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز (لان للعبد يد ممتدة خصه وصاذا كان مأذونا له واشترط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ماهر واذا صححت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

(فصل ٩) وقوله وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك أيضاً ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقبيل حيث قال بعد نقل

(١٠ - تمكمله سابع) كان مأذونا له واشترط العمل اذن له ولهذا أي ولان للعبد يد ممتدة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا) أي ولان يكون العبد ممتدة خصه وصاذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني اذا كان مديونا على ما سيجي (واذا كان له يد ممتدة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ماهر واذا صححت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

(فصل ١٠) وإذا شرط المضارب (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال السكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فانه اذا شرط ذلك للاجنبي) أقول عبد أو ابن المضارب أو زوجته أو غيرها

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الحق عزلة الموت
الآتري أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرفه ضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الا ترى عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الا ترى عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح
في المسئلة الا ترى المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم مما ذكر في
المواضع الثلاثة الا ترى انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاثة وبذلك
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القيد في الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه لو توكيل بأنه لو كان توكيلا لمخالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاثة المذكورة
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتم كد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يدع فيه اخلافا فهم ما في الوجه
الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض
الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد ان توكيل في بعض الاحكام
الذي من جملة ما نحن فيه فلا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا لصيرورته
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير ممثلا للمدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح ههنا اذ لم يعد مسلما
أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بالحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بالحاقه
فلا ينعزل الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء بالحاقه فلما كان حق المضارب كالموت
مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى الميسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا نه لومات حقيقة بطلت
المضاربة قطعا كما هو في المسئلة المتقدمة آنفا كيف يصح قواهم كالموت حقيقة اللهم الا أن نقيدهم
قولهم كالموت بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا
فلا نه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بالحاقه هي مكان حق
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا فلهذا العلة فليتم تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل
المصنف ههنا المسئلة وما ذكر في بعض المعبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد
مسلم وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بالحاقه أما ظهور ذلك من تعليل
المصنف ههنا المسئلة فلا نه قال في تعليقه اياها لان الحق عزلة الموت عندنا لا يرى أنه يقسم ماله
بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذلك بما هو
بمنزلة الموت وأما ظهره وما ذكر في بعض المعبرات فلا نه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع
المضارب أو اشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجوع الى الاسلام بعد ذلك
نقد ذلك كله والتحقيق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار
الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بالحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بالحاقه للحكم
بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالحاقه
بطلت المضاربة اه ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بالحاقه بدار الحرب بطلان
المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بالحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم
بالحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بالحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بالحاقه للحكم

وان ارتد رب المال عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة
يعني اذ لم يعد مسلما أما اذا
عاد مسلما قبل القضاء أو
بعده فكانت المضاربة كما
كانت أما قبل القضاء فلا نه
بمنزلة الغيبة وهي لا توجب
بطلان المضاربة وأما بعده
فلحق المضارب كالموت
حقيقة وأما قبل لحوقه
فيتموقف تصرف المضارب
عند أبي حنيفة لان المضارب
يتصرف لرب المال فكان
كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده
فكذا تصرف من يتصرفه

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولنا - مبيعاً حتى لو اشترى وباع وزجج أو وضع ثم قتل على ردة أو مات أو طلق بدار الحرب لأن جميع ما فعل من ذلك جائز والريج بينهما على ما شرط لأن له عبارة صحيحة لأن صحته بالأكعية والتبني ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة متى جددت كذا (٧٦)

أولاً كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأنه عبارة صحيحة - ولا توقف في ملك رب المال في قبض المضاربة قال (فإن عزل رب المال المضارب لم يعلم به عزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قد استوفى على علمه (وإن علم به عزله والمال عز وض فله أن يبيعه أو لا يتبعه له من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الريج وإنما يظهر بالقسمة وهي تبقى على رأس المال وإنما يقتض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشتري بثمنه شيئاً آخر) لأن العزل إنما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دينار فقد نصت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الريج فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دينار أو على التباين أن يبيعه بجنس رأس المال استحبنا لأن الريج لا يظهر إلا به وصار كالعروض

بدرية المضاربة بخلاف ما يلحق في العوضات أي ما يشتري بكونه على رب المال في قول أبي حنيفة لأن حكمه هذه يتوقف برده لأنه لو لم يرد لقتضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحبوس إذا تولى كل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالهبة عليه ويرجع على رب المال قال (فإن عزل رب المال المضارب الخ) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم به عزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعه أو لا يتبعه العزل عن ذلك نقداً أو نسيئة حتى لو شاء عن البيع نسيئة لم يرد بينهما لأن حقه قد ثبت في الريج بمقتضى صحة العقد والريج إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبقى على رأس المال بتميزه ورأس المال إنما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم إذا باع شيئاً لا يجوز أن

يقوه وإن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو حتى بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلماً فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلماً وقال الإمام الأسيدي في شرح الكافي للعالم الشافعي ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو طلق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والريج له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحق ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلماً جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت ردة قبل اتصال القضاء به فبطل حكمها اهـ ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضاً أنه لو عاد مسلماً بعد القضاء لحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا الاحتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد إلا أن الحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضاً بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعاً وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية ويبطل بموت أحدهما وطاق المالك مرتداً بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً حيث لا تبطل المضاربة لأنه عبارة صحيحة اهـ واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والابيض وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضاً حيث أضيف فيه الموت المبطل إلى أحدهما مطلقاً وللحق المبطل إلى المالك فقط فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نبهوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندنا وقد قرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم لمحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام ولقد أنصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضاً حيث قال في تعليل بطلان

يشتري بالثمن شيئاً آخر لأن العزل إنما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دينار فقد نصت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الريج تظهره فلا ضرورة في تركه الأعمال قال هذا الذي ذكره أن كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دينار أو على التباين أن يبيعه بجنس رأس المال استحبنا لأن الريج لا يظهر إلا به وصار كالعروض

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره إذا حكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالأجر له

المضاربة إذا ارتد رب المال ولحقه بدار الحرب لأن الحقوق بمنزلة الموت لا تترى أن ينقسم ماله بين ورثته
 اهـ فإذا كان كذلك فإني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار
 الحرب مرتداع لي ان بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بالمخائفة مصرح به
 في المعسرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه
 قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بالمخائفة لأن رده مع الحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان
 تصرفه اهـ فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كإيرشاد إليه قوله في تعليقه ولا يوقف في ملك
 رب المال إذا لم يرب ان عند القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة إذا كان
 هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل الحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا
 ما يكون قبل الحاق لئلا يلبغ هذا القول في التعليل ويشير إليه زيادة الشرح قيد في قولهم جميعا بعد
 قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا إذا لا شك ان زيادة هذا القيد
 للإيماء الى تحققي الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد الحقوق وانما
 الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عنده ما بل ينقذ
 فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب غسوا المرتد هو الوفاق
 فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها)
 وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكامرأة عند أبي
 قوله وعلى هذا إشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينزعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان
 المال عروضاً بل يبيعها بعد العزل كما لا ينزعزل بالعزل القصدى في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل
 فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها
 راجع الى العروض أى ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على
 القاب هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله
 ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز ببيعها
 على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي
 أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتدائه على تأويل بعينه من حيث للنظر محتج على من
 حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو ونحو الموت انما هو الحقوق بدار الحرب مرتدا وقد
 ذكرهذا مر يما في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت
 وأما على النسخة الاولى فلا أنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله
 ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل
 ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمؤنث حكم المؤنث باعتبار إضافته
 الى المؤنث كافي قوله كما شرقت صدر القناه من الدم فعلى هذا يقال بجبر الواو (أقول) هذا أيضا
 مع كونه ثمة فامر حيث لا يظن ذلك من حيث المعنى لانه يوجب أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال
 تصرف آخر في مال المضاربة ونحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى
 العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير
 أو على العكس لانها العروض والعروض في ان المضارب لا ينزعزل بموت رب المال اهـ كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالتقصدي في حق المضارب فني كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمي لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا افترا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره إذا حكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائيد من المضاف إليه وفيه شيء

وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض (حينئذ والوكيل متبرع) والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الزوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الا بالقبض والقبض واجب واجب واجب باننا لاننا لم نرد واجب وانما الزبيب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يربح كل يضع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له اجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجاز زها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما تسمى بذلك لان اجل رعايتهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الروايات) يعني الوكيل اذا باع ونعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) اما (البيع والسهم) وهو الذي يحمل للغير بيعا أو شراء فانهم ما يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان (١٧/١) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستيفاءه وقيل لا يجوز عنفسا لانه اذا استوفى

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكيله لا يضع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له اجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الروايات والبيع والسهم يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان بالاجرة عادة قال (وما عاك من مال المضارب فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العدة وفي الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعرضه أو كاه تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذ نفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فانقصه شيء كان بينهما ما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقسما الربح ونسخا المضاربة ثم عداها فهاك المال لم يتراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد ودلالة الماز في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يقع له المضارب)

على شراء شيء فقد استوفى على ما لا يستعمل به لان الشراء لا يتم الا بعامة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحد من في ذلك ان يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجزا فيكون وكلا معيناه ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل شكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فيه ومن الربح الخ) الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فحق هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما عدا الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذ كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال (فصل فيما يقع له المضارب الخ) كذا كفي هذا الفصل ما لم يزد كذا في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضاربة بالعادة

الآن حخص الحق والمجب ان جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالاكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا المنقوض مدفوع بأن المواد ان المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا ينتقض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذا القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يقع له المضارب) قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذ كر الفصل هنا بل كان ينبغي

ان

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء ان لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الروايات (فصل فيما يقع له المضارب)

المضارب تلك الافالة والبيع نسبية كما قاله اوان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري
او ايسر منه لما ذكرنا انه لو قال العدة مع الاول ثم باعه بعمله على احتمال علمه حازف كذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصى
بحال عال اليقين فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون الاحتمال عليه ايسر ثم ذكرنا الاصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة وهو ظاهر
(قوله أى النسبة والدواب مطلقا) أقول أى سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة فى الجارة)
أقول بوضوح آخر قوله لانه الامر العام المعروف عطف على قوله ولهذا كانه أن يشتري

أخبرني هذا الرجل برأيه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله أعمل برأيك دلالة على ذلك وقوع لا يملكه
 منطبق للعقد ولا يملكه أعمل برأيك الأمانة على رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم
 أو الساتير بعد ما اشتري برأس المهر السبعة وما أشبه ذلك لا يملكه المال زائدا على ما نقد عليه المضاربة
 ولا يرضى ولا يشعل ذمته بالدين ولا أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما انصفين بمنزلة شريك
 ازجوه وأخذ السند لا ينفق من الاستدانة وكذا اعطاه فإلا أنه اقراض والعقود على ما لا يغيره
 والكتابة لا تملكه ليس بتجارة والاقراض واليعة والصدقة لا تدفع شخص قال (ولا يزوج عبد الله
 ولا أمانة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف اندرج الأمانة لأن من باب الاكتساب لا ترى أنه يستفد
 بالمهر وسقوط النفقة وله ما له ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الاكتساب بالتجارة وصار كالكتابة
 والاعتاق على مال ذاته اكتساب ولا يمكن للمالك أن يكون تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال
 (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال
 زفر تفسد المضاربة لأن رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكذا لا يملكه فمصر مستردا وله هذا
 لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للأضارب فيصلح
 رب المال وكذا لا يملكه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه
 في الابتداء

أيضا في المدعى كترى (قوله) فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري رب المال
 وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال
 حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلاً وبصرح في الذخيرة
 والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن
 يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فإن منشأ الإيهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله
 من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعية أي لا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذ من
 مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما إذا قال
 فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشك
 على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب
 المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف
 موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئا منه إلى رب
 المال بضاعة واشتري رب المال وباع فهي مضاربة بجماله انتهى (قوله) وقال زفر تفسد المضاربة لأن
 رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكذا لا يملكه فمصر مستردا وله هذا لا تصح إذا شرط العمل عليه
 ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال يتصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم
 يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يوافق
 المشروح فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مستثنائها هذه كون تصرف رب المال في مال
 نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل
 تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب
 المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكذا لا يملكه بناء على أن المرء لا يصلح وكذا لا يملكه فمصر مستردا
 في مال نفسه ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال يتصرف
 في مال نفسه فلا يصلح وكذا لا يملكه فمصر مستردا انتهى

أمانة من مال المضاربة) لأن
 التزويج ليس بتجارة والعقد
 لا يتضمن الاكتساب
 (وبشر زافر يوسف تزويج
 أمانة منه من اكتساب)
 يلزم المهر وسقوط النفقة
 والجراب أن ليس بتجارة
 وإن كثر فيه كتب قصار
 كما اعتاق على مال لا يدخل
 تحت المضاربة والله أعلم
 قال (فإن دفع شيئا من مال
 المضاربة إلى رب المال الخ)
 فإن دفع إلى رب المال شيئا
 من مال المضاربة بضاعة
 واشتري به رب المال وباع لم
 تبطل المضاربة خلافاً لفرق
 فإن رب المال يتصرف في
 مال نفسه بغير توكيل إذا لم
 يصرح به فيكون مستردا
 للمال ولهذا لا يصلح اشتراط
 العمل عليه ابتداء ولنا أن
 الواجب هو التولية وقد
 تمت فصار التصرف حقا
 للأضارب وله أن يوكل رب
 المال صالح لذلك والابضاع
 توكيل لأنه استعانة ولما
 صح استعانة المضارب
 بالأجنبي فرب المال أولى
 لكونه أشفق على المال فلا
 يكون استرداد بخلاف
 شرط العمل عليه ابتداء

(قوله) إذا لم يصرح به
 أقول فيه بحث

لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلاً لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازى وكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (ويختلف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أولاً فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تنقض المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانما هو وكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نفقاً فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا يدفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض انصرح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها هذا أولى قال (واذا عمل

المضارب في المصارح) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عاملاً لنفسه بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وقرئنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه

لانه يمنع التخلية ويختلف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصارح فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرايه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصارح كن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم معمره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصارح وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ومن ذلك غلب ثيابه وأجرة أجبر يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالخجاز وانما يطل في جميع ذلك بالمعروف حتى ينجم الفضل ان جاوز ما اعتساراً للمعارف بين التجار قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع الى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

(١١ - تكمله سابع) عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له يبين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقد دم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبية كطعامه وشرايه وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثير تمهيد المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والخلع وعلق الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالخجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وريح الثياب ماشياً في حوائجه بعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثير الرغبات في المعاملة معه من جهة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنقسه

من (وإذا ربح استذرب المال الخ) برهان المضارب إذا اتفق من مال المضارب به فربح بأخذ الرب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة
مستوفى ونسبة الربح دون رأس المال فإذا استوفى كتم ما بقي بينهما على ما شرطنا فإن باع المضارب المتاع بعد ما اتفق مرا بجهة حسب
ما اتفق على المتاع من الخلالين وقدره كقيمة لسمار والصباغ والخصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوسمين
قال كان مع المضارب المتاع تسترى بها ثيابا فتعمرها أو حطبها بما تهم من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب
المال وحده المتاع لا ينتظمه كغيره وإنما كرسب بعد ما تم تقيدها الثمرة وإن صبغها الحرف في وشربك عازا زاد الصبغ فيه وسائر الأثران كالخزوة
الاستدانة عند أبي حنيفة لأن الصبغ (٨٢) عين تأخر الشرب فكان شريكاً بحال ماله بحال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فإذا

قال (وإذا ربح استذرب المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرا بجهة حسب ما أنفق على المتاع
من الخلالين ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جارٍ بالحق الأول دون الثاني ولأن
الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فإن كان معه ألف فاشتري بها ثيابا
فتعمرها أو حطبها بما تهم من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا
ينتظمه هذا المتاع على ما مر (وإن صبغها الحرف في وشربك عازا زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين
مال قائم حتى إذا بيع كان له حصص الصبغ وحصص الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف التسمية
والحمل لأنه ليس بعين مال قائم وإنما هذا إذا فعل الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المقتضوب وإذا صار
شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله) فإن كان معه ألف فاشتري بها ثيابا فتعمرها أو حطبها بما تهم من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو
متطوع) قال صاحب العناية وأما ذكرها بعد ما مر تقيدها القول وإن صبغها الحرف في وشربك عازا زاد
الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشيء لأنه إن أراد أن هذه المسئلة حمرت بعينها وخصر صها
فليس كذلك قطعاً وإن أراد أنها حمرت في ضمن الأصل المذكور في ما مر حيث اندرجت تحت النزع
الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضاً حمرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت
النزع الثاني من ذلك الأصل فذو وجه لجعل الأولى تقيده الثانية مع الاشتراك في المروء بالمعنى المزبور
بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل
واحدة منهما على ما زعمه فالحق أن كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث
خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كل ما ذكر كيف وتقرير الفروع على
الأمر من هذا القبيل مع أنه المسالك المعتاد في عامة المواقع (قوله) وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه
قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فإن قيل المضارب لما لم يكن له ولاية
الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالفاسد بالاتفاق بينهما أجب بأن الكلام في مضارب
قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بحال المضارب فصارت شريكاً في ثيابها
فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب ما لم يكن مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان
مأذوناً وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالفاسد لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه
لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك أش كلامه (أقول) في آخر كلامه
اضطراب لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً أنه اختار كونه

بيع الثوب كان المضارب
حصصه المبيع بقسم من
الثوب مصبوغاً على قيمته
مصبراً وغير مصبوغ فما
بينهما حصص الصبغ إن باعه
مساومة وإن باعه مرا بجهة
قسم الثمن هذا على الثمن
الذي اشترى المضارب الثوب
به وعلى قيمة الصبغ فابتنها
حصص الصبغ والباقي على
المضاربة بخلاف التسمية
بفتح القاف راجعاً فإنه
ليس بعين مال قائم بالثوب
ولم يزد به شيء وإنما إذا فعله
الغاصب نازد القصة به
ضاع فعله وكان للمالك أن
يأخذ ثوباً بجهنا وإذا صبغ
المقتضوب لم يضر بل يتخير
رب الثوب بين أن يعطى
ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة
لأيوم الاقتصار بنحوه وبين أن
يضمنه جميع قيمة الثوب
أبيض يوم صبغه وترك
الثوب عليه وإذا كان
الغاصب كذلك والمضارب
لا يكون أقل حالاً منه فإن
قيل المضارب لما لم يكن له

ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالفاسد بالاتفاق بينهما أجب بأن الكلام في مضارب قيل
له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بحال المضارب فصارت شريكاً في ثيابها
فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب ما لم يكن مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان
مأذوناً وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالفاسد لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه
لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالخزوة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالخزوة خبره (قوله) لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك
الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

في فصل آخر في هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فقد ذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ما ذكره المصنف واسع ومبين على أصل وهو على أن ضمان رب المال لما ع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع ان انضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطوا ضمان المضارب للبايع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقق ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها رافقه ومضاربة فاذا باعها بالالفين ظهرت حصته (٨١٠) المضارب وعن خسمائة فاذا اشترى

جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربيع على المضارب وهو خسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان من أفعالها ولو أبتينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقية ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لأن ضمان رب المال بسلامة المضاربة ولا يصح ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخسمائة والخسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (انغيار المقاصد) لأن

في فصل آخر في (فان كان معه ألف بالمصنف ناشترى بها رافقه بألفين ثم اشترى بألفين عبدا أو لم يقدما حتى ضاعا فغرم رب المال ألفا وخسمائة والمضارب خسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب انفق العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخسمائة على ما بين فيكون عليه في الأخيرة ووجهه أنه لما ناض المال ظهر الربح وله منه وهو خسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتربا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الفين واذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكسبل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما ما فاقه ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخسمائة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخسمائة (ولا يبيعه من جهة الأعلى الفين) لأنه اشتراه بالالفين ويظهر ذلك فيما اذا باع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف ناشترى رب المال عبدا بخمسة مائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه من جهة على خسمائة) لأن هذا البيع مقضى بجواز له لتغير المقاصد دفعا للحاجة وان كان يبيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم وسبب المراجعة

غير ما ذون لأن كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فمر الكونه غير ما ذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصبا يقتضى اختيار كونه غير ما ذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لأن وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فمر الكونه ما ذونا فاذا اختار كونه غير ما ذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صيغها أجر جهة بين مختلفتين أو لا عما خلط مال المضاربة بجماله نفسه وثانيتها الاستدانة على المالك وان المضارب ما ذون بهذا الفعل وغير ما ذون باعتبار تنك الجبهة في مختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولأوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتسام في نفسه ان لا يرى وجه يقتضى أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجبهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ما ذونا في فعله هذا وغير ما ذون ثم أقول الصواب عندى في دفع ما قبل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل ما ذونا أو غير ما ذون الخ أن تختار كونه ما ذونا به بقوله اعلم برأيك ويجمع وقوعه على المضاربة حينئذ اذا الاذن المذكور ليس بمقتضه ورعى أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضمما الى غيره مما له جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بجماله أو بجماله غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شرى كبا الصبيغ انتظمه قوله اعلم برأيك انتظامه انطاطة فلا يضمنه تدبر

في فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة المدعى العبد وقوله (الأن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبدا كان في ملكه ولم يستفده ألتام يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المراجعة فاعتبر أول الثمنين وهو خسمائة كتبوت من كل وجهه والاكثر ثابت من وجهه دون وجهه بالنظر الى أنه يبيع ماله بجماله

في فصل آخر (قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أى عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاستغنى بها عدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) كان الدفع والقضاء اليهما فان دفعها بطلت المضاربة لهلاك المال المضاربة وان فدياه (وملاثة أربع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان القداء مؤنة المثل فیتقدر بقدره وكان ثلثين مائة ان رأس المال اصابه واحد اظهر الرجوع وشو الف بينهما) ولهذا اعتق الربيع ان كان العبد قريبه (وألف حور رأس المثل) وقد العز بأربعة احتراز عما اذا كان عتيق فانه لا يظهر الرجوع لعدم الاولوية كما تقدم (فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فللمائة) أنصار مضيه وناسليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء الشافعي بانقسام الفداء على ما جازية فمن انقسم العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالقضاء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني بما اذا ضاع الاثان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه لعاقدا الدفع والتفاد ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كزائل) لانه استحق بالجنانية والمستحق بها تجزئة الهالك والمضاربة تنهي بالوسيلة (فدفع الفداء كقضاء الشراء فيكون العبد بينهما بأربعة خارجا عن المضاربة بخلاف ما تقدم) يوم وارب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد ما تقدم في المسئلة (٨٢) المتقدمة وهي ما اذا ضاع الاثان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

فاشترى بها عبد أو ذلك
قبل النقد إلى البائع رجع
المضارب على رب المال بذلك
الثمن ويكون رأس المال
جميع ما يدفعه لأن المال
في يده أمانة وقد دخل وقد
بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل
لرب المال فيستوجب عليه
مثل ما وجب عليه من الثمن
(و) بالقبض نابياً (أي يصير)
المضارب (مستوباً) لأن
الاستيفاء انما يكون بقبض
مضمون) وقبض المضارب
ليس بمضمون بل هو أمانة
وبينهما منافاة فلا يجتمعان
وإذا لم يكن مستوفياً كان له

أن يرجع على رب المال مرة
بعد أخرى إلى أن يسقط عنه
العهد وتوصل الثمن إلى
البائع بخلاف الوكيل إذا

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخذوها
إليه قبل الشراء وذلك بعد الشراء بحيث لا يرجع الأجرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكيل يتجامل
الضمان كالمغاصب إذا تولى كل يبيع المعصوب) يعني إن الغاصب إذا تولى كل يبيع المعصوب يصير وكيلًا

كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وذلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا حصة (واحدة) لانه يمكن أن يجعل مستوفيا لان ولا
الوكالة تجتمع الضمان كالغائب اذا وكله المغيص منه ببيع المغيصوب) فانه يصير وكلا لا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو وكل
المغيصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينه فيه نظرا لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجبو زان يعتبر
جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فغارب المغيصوب
منه الغاصب وجعل رأس المال المغيصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما يفيقه وعلى تقدير ثبوته يحتاج الى فرق دفعا للحكم ولان
المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما
واما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ ار جمع عليه بالف أخرى أصلا فاما ما هنا
حق رب المال لا يضيع لانه يلحق رأس المال ويستوفيه من الربح وحله على الاستيفاء يضر المضارب فاختارنا أهون الامرين

(قوله فإنه لم يحصل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الألف المدفوع

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فيحصل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ماهر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك الموصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقديم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لطلحق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحله على الاستيفاء بضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجتمع الضمان كالغاصب اذا لو كل يبيع الموصوب يبيع في اثبات امكان جعله مستوفيا بجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع الموصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع الموصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتمام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل يرب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش في ما اذا هلك

الألف والعهد معا لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر أن جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جاري في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحمدي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أنا لو نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا جعلنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث أن الوكيل لما اشترى فقد انزع عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينزع بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفته أنا وأما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل بتحقيق بالرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب أنا الخ لم تثبت فيه رواية تحويج الى الفرق بينهما وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجري بينهما مبادلة حكيمه كما تقدم

فصل في الاختلاف في آخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان المخرج) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومع ألفان دفعت إلى الفأور بحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة (٨٦) وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف

فصل في الاختلاف قال (وان كان مع المضارب ألفان دفعت إلى ألفا ورجحت الفأور قال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيم ما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات لا تثبت (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو شرط من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعيتي فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر

الاولى أيضا لعل مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاستبراء كان الرجوع بالمال بعد الاستبراء رجوعا عما حدث بعد زوال الامانة بالانفسال ولو كان في مرة أولى وأيضاً رد على الوجه الثاني ما أورده ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل توقف ثم أقول الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه البائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انصف بينهما فانه مبادلة حكيمه كما مر في كتاب الوكيل فاذ قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فاذ ادعى بعد ذلك لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا امره فيما اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء أما ما في يده وذلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصح مستوفياً فاذ ادعى رجوع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

فصل في الاختلاف في أى في الاختلاف بين رب المال والمضارب آخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعيتي فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه الى هذا التوجيه ناج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة بعدد والاقرض عندى انه سماه مضارباً بالمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر

فألو اقترح شيئاً نجدك طبعه * قلت اطيحوا الى جبة وقمصا

(قوله لان المضارب يدعي عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمناً كان كالمغاصب أو أيسر كالمردع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أى مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أى في الربح لرب المال بمعنى وفي رأس المال للمضارب كما كان أعم في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيم ما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات لا تثبت واذا كان في صفقة رأس المال كما اذا قال من معه ألف

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله بمقابل الربح أو شرطاً من جهته بمقدار من الربح أو ان شركه فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعيتي فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لا اتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب بالضمان وهو يتكرر والبينة لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصم فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا (٨٧) انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك شبهة عن

العموم وله أنه ينتهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نسبا فهو على وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان

المضارب يدعيه فالقول قوله مع عينه استحسانا لان

الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة

بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما وجب التخصيص كالوكالة واذا كان

كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول

له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال

لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من

بعثته والبينة بينة المضارب قال المصنف (ل حاجته الى

نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة) واعترض

عليه بأن البينة للائببات لا لئبتي وبأن الاخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج

الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلافه الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما قولا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تلك الربح حيث قال أي تلك الربح وملك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تلك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تلك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى فعمل التملك ههنا على تلك الربح لا يتخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتلك الربح من فروغ ذلك وحمل التملك في الدليل على تلك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلا ند دعوى تلك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تلك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تعليق الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضا شك كالظاهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتبع قواعد الفقه وأقوال الاثمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بن بينة رب المال أقوى بالقبول لائبباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لائببات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعد أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للائببات لا لئبتي وبأن الاخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة أجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المزموم كناية بان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الاخر انما هو النوع الذي رعبه الاخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم لتقريب والاصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه بس مدعى شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر اتفاقا كان ما يدعيه بالقبول فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الاخر الى البينة ولم يقل وعدم بول بينة الاخر وجه سد الجواب بظهور اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا نافذ لما ذكره اننا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

سرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المزموم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر لا يحتاج الى بينة (ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم توقتا أو وقتا على السواء وقتا احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء به ما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر نضامهما فعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقت البينتان الخ وان لم وقتا أو وقتا على السواء أو وقت احداهما دون الاخرى فالبيعة قرب المال (أقول) يدعيه ان هذا يناق ما ذكره المصنف من ان البيعة بينة المضارب اذا لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البينتان الخ شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحها وتتميمه فقط ولكن قال بعدما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيعة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم يفتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعزم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة من فصله لا مندرج فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا إلى صاحب الذخيرة فلا يضره من هذا فذلك لما ذكره المصنف لا باعتباره بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الأعلى لان الوديعة أمانة بلا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بلا عوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي عقد لازم والألزام أقوى وأعلى مما ليس بل لازم فكان في الكل الترتي من الأدنى الى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء امانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام المملوك والخيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النخوية ان العرب أما توام صدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة به لانها تترك عند الأمين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة به لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضا هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لانفس التسليم على حفظ المال وان التسليم على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليم الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنامودع ومستودع بكسر الدال فيه ما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليم الغير على حفظ المال انتهى حيث نفسر الايداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا المال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضا شيئا لأن

والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الأعلى لان الوديعة أمانة لا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بلا عوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي عقد لازم والألزام أقوى وأعلى مما ليس بل لازم ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور به معاطيا من حيث التعاضد وقد مر مرارا ومشرع عيها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها بلا طلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة به لانها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عنده وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ففزع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لانبات اليد عليه لان الايداع عقد استيفاء وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الظير في الهواء والعبد لا يبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالتفتة في بيت غيره واذ كان كذلك جازحل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاعلال الخيانة الآن الغلول في المغنم خاصة والاعلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شريح ليس بحديث

مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شريعته الحاجة للناس اليها فلو ضمننا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللودع أن يحفظها بنفسه وعن في عماله) قال المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شيء جار لها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم عن في عماله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينفه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله عن في عماله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عماله أودع الى أمين من أمنائه عن يثق به في ماله وليس في عماله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمننا امتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم قال (وللودع أن يحفظها بنفسه وعن في عماله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصل ذلك ان معنى الايداع لغة أعم من معناه شريعة لا اختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصالح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكر وفيه عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان الاتقي بهم أن يقولوا أودعته شيئا أودعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قال الايداع لغة تسلط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قالوا ايضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدوا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت أنفا فكان الاتقي بهم ما جادترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف يجوز بينهما المبدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الاعلى طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدًا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدًا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحل أحد التباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالتفتة في بيت غيره واذ كان كذلك جازحل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاعلال الخيانة الآن الغلول في المغنم خاصة والاعلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شريح ليس بحديث

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول يخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صئعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جازحل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانهم أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لا يجبد من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان
المال اراضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في توب فالتقه في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حل الاخص على الاخص اه
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قالوا فيه ان الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانهم اعم منه بل
المراد بالوديعة ما ترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعة امانة في يد
المودع اذ التسليم على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعه مأمرا بحصول
كلام صاحب الغاية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليم على الحفظ وهو ما يحصل بسبب
التسليم على الحفظ فيكون حمل نفس التسليم على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا
أن تكون الوديعة في الحقيقة ما ترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصحیح الكلمات ثقات الناظرين في هذا
المقام فان ذنبك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية
فالوديعة هي الاستحفاظ قصد اوالامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان
الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد اوالامانة قد تكون من غير قصد
الى غير ذلك من عبارات المشايخ. بقى ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة
بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أواخر باب الاستئناء من كتاب
الافرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطعة فانها اوديعة في يد الملتقط وان لم يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فألقت ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان
الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من
غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أو دعته كان على
هذا الخلاف وقد نهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة
بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مامبتدا وخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان
المراد بالامانة المدة كورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن للقطع
بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه (أقول) دفعه هذا سهل لان
لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس كما سامة فانه علم بالجنس الاسد
وسبحان فانه علم بالجنس التسيح الى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحويين
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فنأتقن مباحث ذلك في مجالها
لا يشبهه عليه الاخر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجبد من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته
ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان المال اراضيا به) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المال
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك بقتضى عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على
ذلك وهو أنه أي المودع
(لا يجبد من الدفع الى
عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته) لا محالة (ولا استحباب
الوديعة عند خروجه) وهذا
معلوم للمودع (فيكون راضيا به

فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك متافيه الردية ونخرج وقصه غير عياله (أو أودعها بغيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيره (ضمن لأن المالك رضى بيده لا بغيره) (الحال أن) (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لأن المودع يحرمه أنه يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك إيداع الردية أيضا وخطؤنا ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز لا إيداع لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولأن الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض المستعير والعقد المأذون والمكاتب فإن أهمهم ولا ينفعل ما نفعل بهم والوعد الجواب في مظانهم ولا بأس بذلك كرههنا جملنا وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير إيداع) كال تسليم

اليه فيوجب الضمان (الا إذا استأجره فيكون حافظا بحرزه نفسه) (قوله الآن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو اللقاء إلى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفي الضمان لكنه متم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطه للضمان بعد

(فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بغيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالأكل لا يוכל غيره والوضع في حرز غيره إيداع الا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرزه نفسه قال (الآن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فبقيها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا بيده لأنه يدعي ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الأذن في الإيداع قال (فإن طلبها صاحبها فهو ربة قدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعد بالمتع وشذوذ لأنه لما طلبه لم يكن راضيا بما ساء له بعده فيضمنه بحسبه عنه قال (وان خطؤها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا يسبيل للمودع عليها عند أي حنيفة وقال إذا خطأها بجنسها شرکه ان شاء) مثل أن يخطأ الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير له ما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه بصورة وأمكنه معني بالقسمه فكان استهلاكه كامن وجهه دون وجه فيمل إلى أيهم ما شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل لا يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا معتبر بالقسمه لأنهم من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى مالا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجذبها من الدفع إلى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فإن امتناع الحفظ بعينه يقتضي سد باب الودائع وتعطيل مصالح العباد كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد (قوله فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بغيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يضمن أيضا إذا حفظها بيده من في عياله لا بيده نفسه لأن يدهم غير يده نفسه فالأظهر أن يقال لأن المالك رضى بيدهم لا بغيرهم على منج قوله في نفس المسئلة فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد حيث قال لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمه لأنهم من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة أمكان القسمه الذي يفعل بالوديعة مالا

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى مالا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجذبها من الدفع إلى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فإن امتناع الحفظ بعينه يقتضي سد باب الودائع وتعطيل مصالح العباد كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد (قوله فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بغيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يضمن أيضا إذا حفظها بيده من في عياله لا بيده نفسه لأن يدهم غير يده نفسه فالأظهر أن يقال لأن المالك رضى بيدهم لا بغيرهم على منج قوله في نفس المسئلة فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد حيث قال لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمه لأنهم من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة أمكان القسمه الذي يفعل بالوديعة مالا

يرضى به المودع فإذا طلبه لم يرض به كذلك بأمساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخطأ النافي للتمييز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أي حنيفة وقال إن خطأ بالجنس شرکه ان شاء مثل أن يخطأ الدراهم البيض بعينها والسود بعينها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والاعتذار الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معني بالقسمه وكل ما عو ذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجه فيمل إلى أيهم ما شاء ولا يحنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معني) غير صحيح لأنه بالقسمه وهي من أحكام الشركة

(قوله لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمه لأنهم من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة أمكان القسمه والقسمه نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلما اتصل بموجبة إيمان) فغير مطالب الله بشيء عليه (ولما أرى المالك) الخاطئة سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لا يحق له إلا في الدين وقد استوفى
 وعنده خمسة من الفئران لمعين الدين لسرق الإبراء إليه فبقي الشركة في الخلو (و) إن خالف المائع بغير الجنس (كمخلط الحليب بالزيت) الخلاء
 فإمالة وهو من المائع (فثبت الزبوت) سار من جنس ما كنه في حقيقته (فوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استلزم ذلك
 صورة) وهو نذره (وهو في نذره التسعة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة التسعة بالافراز وذاك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا
 السبيل) أي من غير انقطاع حق المالك بالإجماع (خالف الخطة بالشعير في الصحيح) رقبته في الصحيح استأذن عن قول بعضهم أن الجواب في ذلك
 كالجواب في ما قلناه من جنس الجنس. فكان على الاختلاف المذكور لأن أصله لا يخرج عن حبات الآخرة من حبات الآخرة (وهو في صورة ومعه في) وإن
 خالف المائع بنفسه أو جاز الفئران عنده المذكور (من الاستمالة) (وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً لأكبر) فيكون الخلو طيباً لا يخلط بالجنس
 ويضمن للمالك القليل (اعتبار الغالب أجزءه وعند محمد شركة بكل حال) أي سواء كان الخلو بالقليل أو بغيره (لأن الجنس لا يخلط بالجنس
 عنده ما هو في الرضاع) إذا جاع بين لبن أمراة في قرح وصب في حلق رضيع ثبت الرضاع منه ما جاع عند محمد (وتفسيره خلط الدراهم
 بمائها إذا لم يصر وريته ما عاباً بالاذابة) وأن اختلطت بماء المودع من غيره فله كالأشقي الكيسان فاختلطت بأشراشر يمكن لأنه لم يصبغ شيئاً
 يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فإن ذلك البعض كان من ماله ما جاعاً إذا لاقى في المال المشترك أن يكون الهالك من ماله ما والباقي على
 الشركة (فإن أتى المودع ببعضها ثم رده فله فخطه بالحق ضمن الجميع) البعض بالاستمالة اتفاقاً والبعض به خطاً لا يقال فاجعل الرد قسماً
 لا خطاً لعدم تفرده بالقسمة بغير محضر من صاحبه (٩٢) ولو لم يرد ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منه البقاء الحفظ فيه وبما أنفق

فلما اتصل بموجبة إيمان ولو أرى الخاطئة لا سبيل له على الخلو عند أبي حنيفة لأنه لا يحق له إلا في الدين وقد استوفى
 سقط وعندهما بالإبراء سقط خيرة الضمان فيعين الشركة في الخلو وخط الحليب بالزيت وكل
 مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان وهذا بالإجماع لأنه استلزم ذلك صورة وكذا معنى
 نذره القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القليل خلط الخطة بالشعير في الصحيح لأن أصله
 لا يخرج عن حبات الآخرة من حبات الآخرة والقسمة ولو خلط المائع بنفسه فعند أبي حنيفة يقطع حق
 المالك إلى ضمان المالك كذا وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً لأكبر كذا اعتبار الغالب أجزءه وعند محمد
 شركة بكل حال لأن الجنس لا يخلط بالجنس عنده على ما هو في الرضاع وتفسيره خلط الدراهم بمائها إذا لم يصر
 لأنه يصير ما عاباً بالاذابة قال (وإن اختلطت بماء من غيره فله كالأشقي لصاحبها) كما إذا نشق الكيسان
 فاختلطت لأنه لا يضمن لعدم المانع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فإن أنفق المودع بعضهما ثم رد
 مثله فخطه بالباقي ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استملاً كاعلى الوجه الذي تقدم قال
 (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم
 أزال التعدى فردها إلى يد زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع
 حين صار ضماناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد
 ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد

لم ينعيب الباقي فإن هذا
 بما لا يفرقه التبعيض إذ
 الكلام فيه وإن أخذ ولم
 ينقضي ثم رده فله ردّه إلى موضعه
 فيملك فلا ضمان عليه
 لأن أخذه لم يناف الحفظ
 وبغير الدية لا يصير ضماناً
 كما لو نوى أن يغصب مال
 إنسان ولم يفعل قال (وإذا
 تعدى المودع في الوديعة
 الخ) وإذا تعدى المودع في
 الوديعة فركب الدابة أو
 لبس الثوب أو استخدم
 العبد أو أودعها عند غيره ثم

أزال التعدى فردها إلى يد زال الضمان وقال الشافعي وجه الله لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار
 ضامناً لأن الوديعة لكونها أمانة متاع الضمان وإذا ثبت الضمان انتفى المانع الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن
 الأمر باق لا طلاقه عن التقيد بوقت فيوجب بناء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة
 ثبوت نقيضه وهو الأمانة بخلافه والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تدفع بأمانه ما دامت الخالفة باقية فلا تعدى إلى
 ما بعد ارتفاعه فإذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه فخالفة فيه ردلاً من
 الأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع الخالفة كالأعتراف بعد الجحود وأجيب بأننا لا نسلم أن الخالفة فيه رده من الأصل لأن بطلان
 الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو ما ينافيه والخالفة بالاستعمال ليست بموضوع لإبطال الإبداع ولا تنافيه ألا ترى أن الأمر
 بالخط مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول المخاصب أودعك وهو متمم بخلاف الجحود فإنه قول موضوع لا رد فيجوز أن يكون رداً
 لقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها بكفر به والخالفة بترك صلاة أو صوم أو غيره ليست برد وليست إلا بكثرة جها

(قوله لأن أحدهما لا يخرج عن حبات الآخرة) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قسماً لا خطاً لعدم
 تفرده) أقول قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بخلافه) أقول الظاهر أن
 يقال وهو الخطيئة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للعقد
 شهر افتركه الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر بان
 هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد اللازم
 وغير اللازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالانفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم
 في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر
 ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (حصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك
 وجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو
 بجدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمها عند أبي يوسف) وكذا لو بجدها عند
 صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عنده فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لفرق) وانما ذكر خلافا فهاهنا سبب وان
 كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور (٩٣) في المبسوط وانما ذكر في اختلافا زفر

وبعقبه فذكر كذلك وجه
 قول زفر أن الجود سبب
 للضمان سواء كان عند
 المالك أولا كالاتلاف
 حقيقة ووجه قول أبي
 يوسف ما ذكره أنه من باب
 الحفظ لان فيه قطع طمع
 الطامعين قال (وللمودع أن
 يسافر بالوديعة الخ)
 وللمودع أن يسافر بالوديعة
 وان كان لها جمل ومؤنة
 قالوا اذا كان الطريق آمنا
 فان كان مخوفا ضمن
 بالاتفاق واذا كان آمنا وله
 بد من السفر فكذلك وان
 لم يكن وسافر بأخيه لا ضمن
 وان سافر بنفسه ضمن لانه
 أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للعقد شهر افتركه الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك
 قال (فان طلبها صاحبها فجدها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامسالك
 غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاستراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من
 جهته والجود فسخ من جهة المودع كجعود الوكيل الوكالة وجود أحد المأقدين البيع فتم
 الرفع أولا للمودع ينقذ بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضور الموكل
 واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم يعود الى الوفاق ولو
 بجدها عند غير صاحبها لا يضمها عند أبي يوسف خلافا لفرق لان الجود عند غيره من باب الحفظ لان
 فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقى الامر بخلاف ما اذا كان
 بحضوره قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا
 كان لها جمل ومؤنة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رجه الله اطلاق الامر والمفازة
 محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشر كقطع اذا لاشك أنه لا يجب على المشتري كين في شيء وقسمه ذلك الشيء بل يجوز أن
 ينصرف فيه على الاشتراك من غير قسمه أبدا فاعلم الذي من موجبات نفس الشر كجوازها وجواز
 القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشر كقوله لا ينقلب
 المعلول علة فان المعلول هنا عند ما جواز الشر كقوله قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشر كقوله ونفس
 الشر كقوله بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا بوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر
 بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المجل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصر وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل ومؤنة وقد تقدم معنى الجمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان
 بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها جمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر
 لان الامر بالحق مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه
 متحقق وهو كون المفازة ليس محل الحفظ أجاب بقوله والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ
 يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز له ما ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس
 يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب
 بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يتم ما على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف
 فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جز بالاتفاق انتفى وهم التلف

(قوله قبل لان هذا الخ) اقول فائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأخيه الخ) اقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولا يتم ما
 على مال الصبي نظرية) اقول لقوله تعالى ولا تنفروا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهم

واهم ما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيستقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على العين اليسيرة في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

والهم ما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له جمل ومؤنة والظاهر أنه لا يرضى به فيستقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو والحفظ في المصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضروراً ومثال آخره قد لا يبالى به والمعتاد كونهم في المصار لحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا نه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقيد مفيد اذا لحظ في المصار أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكيل

كان الطريق آمنان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله يضمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا قصر برحمتي وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً لحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمناً وله يضمن السفر الخ تفصيلاً لحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له يضمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمناً وله يضمن السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مقيد بأن لم يكن له يضمن السفر فرغ كونه اللفظ غير مساعد له ينفيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصار للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد واذا نه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمناً وله يضمن المالك المصار للحفظ فيه وانما ذكره وذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصار للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام قصر برصاحب العناية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً اذا كان مخوفاً له يضمن السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له يضمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرر برصاحب الكافي ومراجع الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصار للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصار فساقران كان سفره له منه يضمن وان كان سفره لا بد له منه فان أمكنه الحفظ في المصار مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصار ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القندوري من قوله وديعة المكيل

الحفظ في الامصار وجعله كاستحفاظ بالاجرة اذا استأجر رجلاً شهراً بدينهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذات المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قوله ما وتقرر به ما ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرور ومثال المودع أمره فله أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصار) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع وقت الابداع في المصار (لحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الاصدار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا نه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقيد مفيد اذا لحظ في المصار أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكيل

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القندوري من قوله وديعة المكيل

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذ كر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهريه ان الاول عوا الخراج
حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الجاسي في المسئلة مشهوره لهم

أنه طالب به بدفع نصيبه
فيؤمر بالدفع اليه كما في
الدين المشترك وعدا لانه
يطالبه بتسليم ما سلم اليه
وهو النصف ومن طالب
ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان
له أن يأخذه وان كان في يد
المودع بالاتفاق ولا يبيح حقيقته
لأنه أنه طالبه بتسليم نصيبه
بل يدفع نصيب الغائب لانه
يطالبه بالمفرد وحقه ليس
فيه لان المفرد المعين يشتمل
على الحقين ولا يبيح حقيقه الا
بالقسمة وليس للمودع ولاية
القسمة لانه ليس بوكيل في
ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة
بالاجماع بخلاف الدين
المشترك لانه يطالبه بتسليم
حقه أي حق المدون لان
الديون تقضى بأمثالها فلا
يكون هذا تصرفا في حق
الغير بل المدون يتصرف في
مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان
الانسان لا يؤمر بالتصرف
في ماله بالدفع الى من لا يجب
له عليه ذلك والحق ان الضمير
في حقه للشريل لا للمدون
كما وقع في الشروح ومعناه
لان الشريل يطالب المدون
بتسليم حقه أي بقضاء
حقه وحقه من حيث
القضاء ليس بمشترك بينهما
لان الديون تقضى بأمثالها

والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر له ما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين
المشترك وهذا لانه بطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذ حقه فكذا يؤمر هو
بالدفع اليه ولا يبيح حقيقته أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرد وحقه في المشاع والمفرد
المعين يشتمل على الحقين ولا يبيح حقيقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة
بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية
الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل
والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك أن الالف انما ذكر فيه على
سبيل التمثيل لا المحصر كيف ولو افاد بذلك المحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل
أصلا باعتقادي قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيه فوت المطلوب وقال في معراج الدراية
قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية
كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع
بالدفع فله أن يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن
رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلو لارواية الجامع لكان لبعض أن يقول
نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستمكلا ويجعل تبعا لالاكثر فلا
يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستمكلا ولا تبعا فله أخذه فثبت برواية
الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع
الصغير أن ليس الحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الأخذ في
هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده ما ساعد هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب
الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة
عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة
بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي
يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فيثبت ذلك يظهر على ترتيب الكتاب تأمل توقف (قوله
بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المدون (لان الديون تقضى بأمثالها)
فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المدون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها
قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في
ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر في غاية السقوط لان المدون مأمور
بالتصرف في ماله بالدفع الى من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على
المدون قضاء دينه فلم يتم تصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بعينه له وجب على المدون
السدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنته فكان مأمورا به وبالجزء ليس كل ما يجب على انسان
لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال

والمثل مال المدون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة
(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المدون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان
لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لان الديون تقضى بأمثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند
 انسان وعليه ألف لغیره فليغريه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع
 رجلا عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكم ما يقتسمانه فيحفظ كل واحد
 منهما نصيبه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك
 الجواب عنده في الميراثين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ
 باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن
 كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف الى
 ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن
 الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما
 ولا يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما الملهاباة كان المالك راضيا بدفع السكلى الى أحدهما
 في بعض الاحوال

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمدين كإوقع في السروج ومعناه لان الشريك
 يطالب المدينون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المدينون تقضي
 بأمنائها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء عما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر
 أما أولافلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله
 على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان المدينون تقضي بأمنائها اذ كون قضاء المدينون بأمنائها
 لا باعتبارها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المدينون فلم يكن حق
 الشريك بل كان حق المدينون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق
 المدينون وهذا مما لا يستره وأما ثانيا فلائ ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا
 بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أدلى بالورد على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا
 في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المدينون تقضي بأمنائها والمثل مال
 المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء عما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كاترى والمصدق
 ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على
 ماهر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن
 أي قول القائل نصرته لهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم
 لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب
 عن قول الاماميين له أن يأخذه تقر به ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس
 من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكا عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه
 ألف لغیره فليغريه أي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في
 العناية وغيرها (أقول) هنا إشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان
 جواب المسئلة في ما ليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دل على عدم جواز أخذ أحد الشرىكين
 نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر
 بجواز أخذ أحد الشرىكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجز
 المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان إذا ظفر به من
 المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجوير أخذ الشرىكين

وقوله (له أن يأخذه)
 جواب عن قوله - ما ولهذا
 كانه أن يأخذه وتقر به
 جواز الاخذ لا يستلزم أن
 يجبر المودع على الدفع اذ
 الجبر ليس من ضرورات
 الجواز يعني من لوازمه
 لانفكا عنه كما إذا كانت
 له ألف درهم وديعة عند
 انسان وعليه ألف لغیره
 فليغريه أي لغريم المودع
 بالكسر أن يأخذه إذا ظفر
 به وليس للمودع أن يدفع
 اليه قوله (وان أودع رجلا
 عند رجلين شيئا مما يقسم)
 ما يقسم هو الذي لا يتعين
 بالتفريق الحبي كالمكيل
 والموزون وما لا يقسم هو
 ما يتعين به كالعبد والذابة
 والثوب الواحد والطبق
 وكلامه ظاهر وقال في
 المبسوط قول أبي حنيفة
 أقبس لان رضاه بأمانة اثنين
 لا يكون رضا بأمانة واحد
 فاذا كان الحفيظ مما يتأتى
 منه - ما عاده لا يصير راضيا
 بحفظ أحدهما للكل

(واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نسأه أن يدفعها الى أحد من عياله قد دفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكننا وبجبر مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمنه وانما نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ)

اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أي خفيفة ويخرب المال في تضمن أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمنين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقباض من الضمين ضمنين كودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولا يبي خفيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو والقصود من حفظ بحضرة رآه وتدبيره لامن حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرة كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع

قال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نسأه أن يدفعها الى أحد من عياله قد دفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكذا اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وان حفظها في دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلك فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقال له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجوع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رآه فلا تعدى منه ما فاذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالرجح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قوله ما وله هذا كان له ان يأخذ هذه الى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قوله ما المذ كور منع جواز الأخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا عما يشي على ما ذكر في مختصر القدوري وعوالمسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب ثابة البيان قال في شرح قولهما ما وله هذا كان له أن يأخذ هذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا لانه أن يأخذ نصيبه من المودع

(١٢٣ - تسكمه سابع)

ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمنين فلم يوجد تعدد منهما فاذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالرجح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحسرتى في يته فتناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس انتهى لان المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى أجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لأن الدفع الى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

قال (ومن كان في يده ألف فادعها رجلان كل واحد منهما ما له أو دعوها يا أبا أن يحلف لهما
قالا لا بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأنهما
بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولولاها أقرع بينهما ما تطيينا القلوب ما ونفينا التهمة المسئلة
ثم إن حلف لا أحد منهما يحلف الثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجّة وأن نكل أعنى الثاني يقضى له
لوجود الحجّة وأن نكل الأول يحلف الثاني ولا يقضى بالنسكول بخلاف ما إذا أقر لا أحدهما لأن الاقرار
حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قوله ما لو كان في أيديهما كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه
نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه
جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف
درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغريمه فلغريمه أن يأخذها إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه
إليه إلى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يقتضي هذا الجواب على كلتا
الروايتين ولكن لا ينبغي على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعده ذلك جذا أنه صر
(قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن
يكون الألف الواحدة مودعا عند اثنين بكّله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي
في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد
توجيه المقام بالجل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بأن يودعه أحدهما
فيستتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس
هذا بشيء لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما ما له أو دعوها ياء بدل على
أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أو دعوها ياء ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون
ملكاً لاثنتين بكّله في حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكّله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها
ذلك القائل قد زال إبداع أحدهما الألف من هي في يده وزال ملكه عنهما أيضا باشتراؤه بها سلعة من
الآخر وتسليمها إليه فكيف يحتمل أن يصدق ما عا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما
على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا
(أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ادعى ما ادعى القامعينا وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع
المسئلة والنقود تتعين في الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في
التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بينهما
والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عينه على ما صرح في الدعوى من قوله عليه الصلاة
والسلام لا يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بعقد ههنا لأن ما يقضى به أن يكون لكل منهما حق في عينه
انما هو عدم الاكتفاء بتحليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد
كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذي يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على
الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما ما حق في عينه ألا ترى أنهم ما لو ادعى من أحدهما شيئا واحدا
مشتريا كان بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في عينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليفه
لكل واحد منهما على الانفراد ولا ظهر في تعليقه أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره
صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما ما بانقرا ده لأن كل واحد منهما ادعى ما بانقرا ده

(وإذا كان في يد رجل ألف
فادعى رجلان كل واحد
منهما ما له أو دعوها الخ)
ظاهر سوى ألفاظ تذكرها
قوله لتغاير الحقيقتين لأن كل
واحد منهما يدعى ألفا قوله
وان نكل أعنى الثاني أي
بعد ما حلف الأول قوله ولا
يقضى بالنسكول يعنى
للاول لأن الثاني رعاية قول
انما نكل لك لأنك بدأت
بالاستحلاف فلا تنقطع
الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى
كل واحد منهما صحيحة
لاحتمالها الصدق) أقول
بان يودعه أحدهما فيشتري
المودع به سلعة من الآخر
يسلمه إليه من ثمنه فيقبضه
ثم يودعه أيضا (قوله
لتغاير الحقيقتين لأن كل
واحد منهما يدعى ألفا)
أقول لا بل يدعى الألف المعين
الأن يراد باعتبار المال
والظاهر أن تغاير الحق
لتغاير المستحق فلكل منهما
حق في عينه على ما صرح في
الدعوى من قوله عليه
الصلاة والسلام لا يمينه

(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف للاول والثاني أو بالالف للثاني فلا شيء والالف كله للاول (ولو نكل
ثاني أيضا كان الف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) أي لان المودع المكر (أوجب الحق لكل واحد منهما
ببدله) عند أبي حنيفة (وبقراره) عند عمار (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البردوي في شرح الجامع الصغير انه يختلف للثاني واذا
نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان التعاضى قدمه اما باختياريه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر
انه اذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (ليكونه اقرارا) أي ليكون النكول
اقرارا (لدلالة) وقوله (ما عدا العبد) يعني لا يقتصر على العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفسد
اقراره للثاني لانه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاص يختلفه (٩٩) عند محمد بن سنان (على أن المودع اذا أقر
بالوديعة ودفع بالقضاء الى
غيره يضمها عند محمد
خلا فالابي يوسف) كما اذا
أقر بالوديعة لانسان ثم
قال أخطأت بل هي لهذا
كان عليه أن يدفعها الى
الاول لان اقراره بها صحيح
ورجوعه بعد ذلك باطل
ويضم من اللادخر قيمتها
لاقراره انها للثاني وأنه صار
مستلما على الثاني لاقراره
بها للاول فيكون ضامنا له
قيمته وهذا اذا دفعها الى
الاول بغير قضاء فان دفعها
بقضاء فكذلك في قول محمد
خلا فالابي يوسف لان مجرد
اقراره لم يثبت على أحد
شيئا وانما القوت بالدفع الى
الاول وقد كان ذلك بقضاء
فلا يضم ولمحمد أنه سلب
القاضي على القضاء بها
للاول لاقراره وقد أقر أنه
مودع للثاني والمودع اذا
سلط على الوديعة غيره صار
ضامنا والمسئلة تقريرها

اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل
لثاني أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لانه ما في الحجة كما اذا أقام البينة ويغرم الف
أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ما يبذله أو باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما
صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فالوقضى الناضي للاول حين نكل ذكر الامام
علي البردوي في شرح الجامع الصغير انه يختلف للثاني واذا نكل يقضى بها بينهما لان القضاء للاول لا يبطل
حق الثاني لانه بقدمه اما بنفسه أو باقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص انه يتعذر قضاؤه
للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادقة محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا
ينتظر لكونه اقرارا لدلالة ثم لا يختلف للثاني ما عدا العبد لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يختلفه
بأنه ما له اذ اعلم هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يختلفه عند محمد
رحمه الله خلا فالابي يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمها عند محمد
خلا قاله وهو هذه في ربيعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطباء والله أعلم

كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي -ليه الصلاة والسلام- دروعا من صفوان
انتهى تدبر (قوله) اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف للثاني فيكشف
وجه القضاء) قال صاحب العارية في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف للاول وللثاني أو بالالف
جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما انتهى
(أقول) لا صحة لقوله وللثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه
فالمحتمل هنا وجهان لا غير والاحتجاج أنه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء والالف كله للاول
ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ رآته هو أن
سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف له ما أولا أحدهما اقتوه -م الشارح المزبور
ان قولهم أولا أحدهما ايم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قدم وجهه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذ كرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب العارية

قد ذكرنا وجهه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير
نوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلاف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضى بالالف للاول والثاني) أقول في قوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره) أقول ويلغوز كالعبد قال المصنف قال ينبغي أن
يختلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يختلفه بالله وقوله بناء ففعل له لقوله قال أو حال من فاعله

كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قبل وهو قول الشافعي قال (لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التملك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول وأما الثالث فلان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المالك كلاحير لا يملك النهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لملكه المنافع فلو كانت الاعارة تملك الجازلة ذلك كافي الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انهم اتفقوا على التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي انما تكون تملك (ولهذا تنعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التملك فهو تملك فان قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك أحاب يقول (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) (١٠٠) وبني على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الأعيان

(وهي غلبتك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الأعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتملك كافي الاجارة قائم تنعقد بلفظة الاباحة وهي تملك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنهم منسوبه الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاعارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير فية في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضاً لا ينفق به الا باسئتملاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثله وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن غلبتك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كاذ كفي الصحاح أو من العارة كاذ كفي المغرب أو من التعاور كاذ كفي المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئاً بالجامع والمائع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع وهو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعمداً الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الأعيان ويمكن

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك وان كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهر اقل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انهم تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملك

قال المصنف (وهي غلبتك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لئذ كبر الخبر وهذا هي (قوله) ويمكن أن يجاب عن بيان هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقاً لا تصويراً (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالماً من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخير بن فلا

كونه اعني التملك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هنالك مستعارا للمعنى الاباحة لعلاقة لزوم
 الاباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بالفظلة الاباحة أن لفظ الاباحة استعيرت للتملك على
 ما سأتى في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي
 لا تنبذ لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع
 أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في
 الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع
 هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضع أصول الفقه والثالث أن من شرط
 القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه
 (أقول) كل واحد من أوجه مجته ساقط أما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف
 الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو
 الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد
 صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما ترد على
 الاحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا
 ريب ان أحرار الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية
 موضوعا في عرف الشرع لملك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل
 أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم
 الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول
 الاعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول
 المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انهم ليست نظيرها من كل
 الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذا يشترط في صحة القياس اشتراط الفرع مع الاصل في جميع
 الجهات بل يكفي اشتراكهما في عدلة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وان أراد أنهم ليست نظيرها في
 عدلة الحكم فهو ممنوع فان عدلة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة
 وهما أي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العدلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم
 قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فماذا كفي بيانه يجعل
 ايمان المناسبة لاستدلال على ذلك وان كان الثاني جعل بياننا لخواص يعرف بها العارية انتمى (أقول)
 وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله
 أن ما ل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع
 بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلامعنى لقوله فان كان الاول فماذا كفي بيانه
 يجعل لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي
 بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة للينة ولا شك أن اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله
 وان كان الثاني جعل بياننا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن أن
 يجاب عنها ارجع الى وجه مجتمعه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير عامه انما يكون جوابا عن الوجه
 الاول من تلك الالوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولوجه لنا المذکور في الكتاب حكم العارية
 وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا
 فالجمل عليه أولى انتمى (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفوضة إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير من تحصيل المنافع التي لا يملكها بعد ذلك (١٠٣) لكنهم اعقدوا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كما في الهبة وقوله

والجهالة لا تقتضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الأجرة فله زيادة الضرر على ما ينبغي وهذا ما يتعلق بتفسيرا أو حكمه بما شرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مرارا من التعاضد المحتاج إليه المدنى بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وأما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان اللفاظ التي تنهق فيها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأعطيتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الاخر حقيقة

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليها بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الأول فسلم وأما من الأخير فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع منه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تقتضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفوضة إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في النبروح قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة لأن للغير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونهم غير لازمة والجهالة التي لا تقتضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده بالاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنه غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك لأن هذه الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأعطيتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الاخر حقيقة

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليها بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الأول فسلم وأما من الأخير فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع منه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تقتضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفوضة إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في النبروح قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة لأن للغير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونهم غير لازمة والجهالة التي لا تقتضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده بالاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنه غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك لأن هذه الجهالة لا تقتضي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأعطيتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الاخر حقيقة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأعطيتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الاخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجه يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنقسم مادة الاشكال

ومنتك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى الناقصة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهم كثير حتى
 قيل فى كل من أعطى شيئا من وجعلك على هذه الدابة إذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لأنها التملك العين عرفا وعند عدم إرادته الهبة
 يحمل على تملك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخذ منك هذا العبد لأنه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكتى لأن
 معناه سكنها لك وهى العارية ودارى لك عمري سكتى لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكتى تفسير القول لك لأنه منصوب
 على التمييز من قوله لك لأن قوله لك يحتمل تملك العين وملك المنفعة فإذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع
 بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٢) صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

والعارية مؤداة ووجهه
 الاستدلال بظاهره وفيه
 فهم بعد التخصيص لما
 عرفت أن المنحة عارية خاصة
 وفيه زيادة مبالغة فى أن
 العارية مستحق الردوان
 المنافع تلك شيئا فشيئا على
 حسب حدودها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة
 فى المالم يوجد منها لم يتصل
 به القبض ولا يملك الابن
 فصح الرجوع عنه قال
 (والعارية أمانة إن هلك
 من غير تعد لم يضمن الخ)
 إن هلك العارية فإن
 كان بتعدد كحمل الدابة
 ما لا يحمله مثلها أو استعمالها
 استعمالا لا يستعمل مثلها
 من الدواب أو حب الضمان
 بالاجماع وإن كان بغيره
 لم يضمن وقال الشافعي
 يضمن لأنه قبض مال غيره
 لنفسه لا عن استحقاق
 فيضمن قوله لنفسه احتراز
 عن الوديعة لأن قبض المودع
 فيها لاجل المودع بالمنفعة

(ومنتك هذا الثوب وجعلك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنها التملك العين وعند عدم إرادته الهبة
 يحمل على تملك المنافع تجوزا قال (وأخذ منك هذا العبد) لأنه أذن له فى استخدامه (ودارى
 لك سكتى) لأن معناه سكنها لك (ودارى لك عمري سكتى) لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله
 سكتى تفسير القول لك لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللعير أن يرجع فى العارية
 متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تلك شيئا فشيئا على
 حسب حدودها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة
 إن هلك من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
 فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على
 سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما نكشف المراد منه فى
 نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرفت فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا
 الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى
 بكونها صريحة يؤهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو
 ممنوع وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وإن أراد
 أن تخصيص الأولى بذلك يؤهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا إشكال فيه
 حتى لا تتسهم مادته (قوله ومنتك هذا الثوب وجعلك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب
 الكافي كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد به ما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع
 إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت
 المذكور شيئا أحدهما قوله ومنتك هذا الثوب والآخر جعلك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار
 ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فإن الشئين هو الثانى دون الأول ومبنى التأويل
 ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الأول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز
 أن يكون مراده بيان الواقع لارد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن الإيمان جدا
 بأبى عنه قطعا ذكره لفظه قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا
 كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فإن المستأجر يقبض
 المستأجر لحق له ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والادن
 ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلك فيها فلا ضمان وإن هلك فى غيرها
 لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولو لم يكن الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كفى
 الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وإن كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذلك إذا

(قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ويضمن
 نفع الكبرى كما يظهر بالتأمل

شي من ذلك بموجب اللفظ
العقد فلان اللفظ الذي
ينبغي فيه العارية لا ينبئ
عن التزام الضمان لانه
للمتبع المنافع بغير عوض
اولا باحتما على اختلاف
التولين وما وضع لتبليك
المنافع لا يتعرض للعين
حتى يوجب الضمان عند
حلاكه وأما التبضع فاما
يوجب الضمان اذا وقع
تعديا وليس كذلك لكونه
مأذونا فيه وأما الاذن
فلان اضافة الضمان اليه
فساد في الرضخ لان اذن
المالك في قبض الشيء يمتنع
الضمان فكيف يضاف
اليه (قوله والاذن) جواب
عن قوله والاذن ثبت
ضرورة الانتفاع فلا يظهر
فيما وراءه يعني أنه لم
يتناول العين فانه ورد على
المنفعة نصا ولم يتعد الى
العين وتفسيره القول
بالموجب يعني سلما ان
الاذن لم يكن الا للضرورة
الانتفاع لكن القبض
ايضا لم يكن الا للانتفاع
فلم يكن ثم تعد ولا ضمان
بدونه

(قوله فلان اللفظ الذي
ينبغي فيه العارية الخ)
أقول فيه بحث (قوله وما
وضع لتبليك المنافع
لا يتعرض للعين حتى
يوجب الضمان عند

ولما ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتما والتبضع لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا
ونكون الاذن ضروريا كان واجب الرديعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كافي الغصب وصار
كالمقبوض على سبب الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتنا استحقاق
اذا اهلك ضمن مكذبا هذا كلامه (أقول) حيل الشارح المذكور قول المصنف وانهذا على
الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقفي أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكيفية
والحق عندى اشارة الى قوله لا قبض مال غيره لنفسه لاعتنا استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره
لنفسه لاعتنا استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سبب الشراء وانما كان هذا هو الحق
عندى لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سبب الشراء عطف على قوله كان
واجب الرد فيقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على تقدير ان
يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سبب
الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سبب الشراء وأما على تقدير ان يكون اشارة
الى ما ذكره في غير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعتنا استحقاق صار كالمقبوض على سبب الشراء
ولاشك ان الامر كذلك في المقبوض على سبب الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا
جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لاعتنا استحقاق
ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يشرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض
على سبب الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تنسريحه هذين
الفرعين (قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتما والتبضع
لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المثل يعني ان الضمان اما أن يجب
بالعقد أو بالتبضع أو بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب أما العقد فلا ن اللفظ الذي ينبغي فيه العارية
لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتبليك
المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند حلاكه وأما القبض فاما يوجب الضمان اذا وقع تعديا
وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلا ن اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك
في قبض الشيء يمتنع الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال
كون الاذن وجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا وهذا المبتعض المصنف لني ذلك قط في أثناء
تقرير بحثنا في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى
المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه
الا للانتفاع ولم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه
وتقريره القول بالموجب يعني سلما ان الاذن لم يكن الا للضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا
لانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) لا يخفى ان الضمان اذا لم يكن
القبض ايضا الا للضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدمة بضرورة الضرورة والضرورة انما هي في حالة
الاستعمال فانها كانت في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً وأما اذا هلك في غيرهما فينبغي أن يجب
الضمان لكونه هلاكها فيما وراء الضرورة فالظاهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن ثبت
ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

هلا كه) أقول لم يتعرض للاباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

(قوله وانما وجب الردمؤنة) جواب عن قوله ولم يرد كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وسبب المؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلما أن (١٠٥) الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

ههنا أحجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها أمثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فعطب ضمن لو جهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أنا لو صححناه فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة

وانما وجب الردمؤنة كنفقة المستعار فانما على المستعير لانقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه ولا لنا لو صححناه لا يصحح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار اذن الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار اذن الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آتاء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما ضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الذرية أيضا فنبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستعير في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملازمة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملازمة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قوله ثم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذلك اجتهته اه ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ذكره صاحب العناية من التبرير الى كيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان محتملان سالكان عن شائبة الخل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد قد بالباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد ونعامة على أن يكون الاخذ من أخذ

فانه عقد لازم فانه عقد غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط الغير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناه اذا كانت باطلا كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنه إباحة
 المنافع على ما ينشأ من قبيل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة لذلك لكونها معدومة
 وإنما جعلنا وجودها في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ههنا ونحن نقول هو على سبيل المنافع
 على ما ذكرنا في تلك الأمانة كالموصى له بالخدمة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيه ما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد أي المأخوذ لأجل العقد
 حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكم الذي لم يمتني فيه
 وقوله عليه الصلاة والسلام إن امرأ دخلت النار في هرة حبسها على ما صرح به في معنى اللبس والأخذ
 حيث من أخذ بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذ من غاية البيان فإن قيل سلمنا أن الأخذ
 في العقد حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أوجب بأن العقد وإن كان معدوما حقيقة جعل موجودا
 تقدير أصيانه لاموال الناس عن الضياع إذا مال المال لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب
 على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا إذا لا يقتضي أن يكون الأخذ في العقد
 حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا الأخذ فيه فلا
 معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم إن الجواب المزبور منظور فيه لأنه وإن كان في جعل العقد موجودا
 تقدير أصيانه لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري إذ قد يكون هناك المقبوض على
 سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يده مال كذا إذا وجب
 الضمان عليه خرج ماله الذي أدها من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لأحد المتأخذين
 في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)
 قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره
 في النظار الامام الترمذ (أقول) في أكثر هذه المسئلة أشكال أما في مثال الحمل فلأنه وإن كان
 مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلا يستعارة دابة ولم يشأه أن يحمل ويعيره غير الحمل
 لأن الحمل لا يتفاوت انتهى إلا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الإجارة وما
 لا يجوز من أن الحمل كركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الإطلاق
 والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعبريات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب
 العارية أنه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات أنه مما يتفاوت وعن ظهرت المخالفة جديدين كلاهما
 في المقامين صاحب السكفي فإنه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كتمس في
 الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع
 التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الإجارة انتهى
 وأما في مثال الزراعة فلأنه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار
 الاراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة
 ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزبلي لما
 يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمله وعدم منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب
 والزراعة وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيره مما لا يضر
 لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما
 يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر
 السكنى لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصار كما بينه

وللستعيران يعير المستعار
 إذا كان مما لا يختلف
 باختلاف المستعمل كالحمل
 والاستخدام والسكنى
 والزراعة وقال الشافعي
 ليس له أن يعيره لأنها إباحة
 المنافع على ما هو والمباح له
 لا يملك الإباحة وهذا أي
 كون الإجارة إباحة لأن
 المنافع غير قابلة لذلك
 لكونها معدومة وإنما
 جعلت موجودة في الإجارة
 للضرورة وقد اندفعت في
 الإجارة بالإباحة فلا يصار
 الى التملك ولأنها على سبيل
 المنافع على ما صرح في تضمين
 مثله كالموصى له بالخدمة
 جاز أن يعير لملكه المنفعة

(قوله والمنافع اعتبرت)
 قابلة (جواب عن قوله
 والمنافع غير قابلة للملك وتقريره
 لانسلم أنها غير قابلة للملك
 فانهم اتكأ بالعقد كما في
 الاجارة فتجعل في الاجارة
 كذلك دفعا للحاجة وقد
 مر لنا الكلام فيه فان
 قيل لو كانت تملك المنفعة
 لما تناوت الحكم في الصحة
 بين ما يختلف باختلاف
 المستعمل وبين ما لا يختلف
 كالمالك أجاب بقوله (واما
 لا يجوز فيما يختلف باختلاف
 المستعمل دفعا لزيد الضرر
 عن المعبر لانه رضى باستعماله
 لاستعمال غيره وقال هذا)
 أى ما ذكر من ولاية الاعارة
 للمستعير (اذا صدرت
 الاعارة مطلقة) فوجب أن
 يبين أقسامها فقال (وهي
 على أربعة أوجه) وهي
 قسمة عقلية (أحدها أن
 تكون مطلقة في الوقت
 والانتفاع والثاني أن
 تكون مقيدة فيهما
 والثالث أن تكون مقيدة
 في حق الوقت مطلقة في
 حق الانتفاع والرابع
 بالعكس فلم يستعير في الاول
 أن ينتفع به أى نوع شاء في
 أى وقت شاء عملا بالاطلاق
 وفي الثاني ليس له أن يجاوز
 فيه ماسماه من الوقت
 والمنفعة

والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة واما لا يجوز فيما يختلف
 باختلاف المستعمل دفعا لزيد الضرر عن المعبر لانه رضى باستعماله لاستعمال غيره قال العبد الضعيف
 وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
 وللمستعير فيه أن ينتفع به أى نوع شاء في أى وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما
 وليس له أن يجاوز فيه ماسماه عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر
 خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة
 فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك
 وتقريره لانسلم أنها غير قابلة للملك فانهم اتكأ بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة
 كذلك في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي
 دفعه حيث قال في ذيل تعليقه واما جعلنا ما هو جودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعنى
 ان علة اعتبار المنافع المدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في
 الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس
 كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون
 الاعارة اباحة لا يقدر على نفع غيرهم بالعارية فلا تدفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية
 دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد
 المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من
 أبحاثه الثلاثة التي أوردناها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتش هنا لان حاصله
 ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتمام لان من شرط القياس كون الفرع نظيرا لاصل والمنافع ليست
 نظيرا لالعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع
 نظيرا لاصل قطعاً (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أى ما ذكر من ولاية
 الإجارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن
 للمستعير أن يعبر المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه أن للمستعير ولاية
 الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون
 ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل
 انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه واما اذا صدرت الاعارة مطلقة فلا يستعير
 ولاية الاعارة مطلقاً أى سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما
 أطبق عليه كلمة الفقهاء الخفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة قلوا استعارة دابة
 ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان
 الركوب مختلفاً اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا
 الإشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله
 اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن
 يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى مانصواعليه فاطمة كإيناه والمجرب من عامة
 الشراح أنهم فسر والمشار إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من
 الاشكال مع ظهوره جسدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبيه للحدود الذي ذكرناه فقال في شرح

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك (كن استعارة به ليجعل عليها فقيرا من هذه الخطة مشعلا فقيرا من حنطة أخرى (أوالى خيرة من) كما اذا
مثل مثل ذلك شعير استعارة وفي القياس يضمن لانه مختلف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ولا ترى أن الركيل
بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (٨٠) دينار لم يتفديعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خيرة منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خيرة من الحنطة اذا كان
كسلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن
يتعدى ما سماه فلواستعارة به ولم يسم شيئا له أن يملك ويغير غيره للحمول لأن الحمل لا يتفاوت وله أن
يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس
له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الركاب قال
(وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تملك المنافع ولا يمكن
الانتفاع بها الا باستهلاكها فاقضى عليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض اذا هما
فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة
قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطابقة للاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان الاستعارة
ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلق العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا السارح وجعله
ما يعود اليه الاشارة مما يذكرك فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام
المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو عنزة المحسوس المشاهد كما
تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى والانصاف ان المصنف
لوزك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي يشطه بأن يقول والاعارة على أربعة
أوجه لكان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي هذا المقام حيث قال أولاوله أن يعبر وذ كر خلاف
الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم طرذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق
المنتفع بأن أعارتو باللس ولم يبين اللبس أو ذابة للركوب ولم يبين الراكب أو ذابة للحمل ولم يبين الحامل
وفي هذا الوجه له أن يغير سواء كان المستعار شيا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللس في السوب
والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطراق اللفظ وان حصلت
الاعارة مقيدة بأن استعار ليليس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليجعل بنفسه فله أن يغير فيما لا يتفاوت
الناس في الانتفاع به كافي الحمل وليس له أن يغير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللس والركوب ثم
قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه
فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خيرة منه) كن
استعارة به ليجعل عليها فقيرا من هذه الخطة فحمل عليها فقيرا من حنطة أخرى أو جعل عليها فقيرا
من شعير وفي القياس يضمن لانه مختلف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ولا ترى
أن الركيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم يتفديعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في
تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة
والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه
الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم يتفديعه على ما صرحوا
به مع أن ما ذكرنا في وجه هذا الاستحسان ههنا جار ههنا أيضا يعني أن يتفديعه أيضا
فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

الضرر عن دابته ومثل
كيل الحنطة من الشعير
أخف على الدابة والتقييد
انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي
الثالث والرابع ليس له أن
يتعدى ما سماه من الوقت
والنوع) وعلى هذا فلواستعارة
دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل
ويغير غيره للحمل لأن الحمل
لا يتفاوت وله أن يركب
ويركب غيره وان كان
الركوب مختلفا لانه لما أطلق
كان له التعيين حتى لو ركب
بنفسه تعين الركوب فليس
له أن يركب غيره وبالعكس
كذلك فلو فعله ضمن له تعين
الركوب في الأول والاركاب
في الثاني) وهذا الذي ذكره
اختيار فخر الاسلام وقال
غيره له أن يركب بعد الاركاب
ويركب بعد الركوب
وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وشيخ
الاسلام قال (وعارية
الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض
الخ) اذا استعار الدراهم فقال
له أعرتك دراهمي هذه كان
بمنزلة أن يقول أقرضتني
وكذلك كل مكيل وموزون
ومعدود لان الاعارة تملك
المنفعة ولا يمكن الانتفاع
بها الا باستهلاكها

فكان ذلك تملك العين اقتضاء وتملك العين اما بالهبة أو القرض والقرض اذا مال كونه مستقناه
فيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو والنائب يمينان ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد
يجوز عن ربه فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما إذا عين الجهة بأن استعار ذراعهم ليعاير بهما ميزانا أو يزين بهاد كنان لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية لتجمل بها أو سيفاً محلياً يتقلده يقال عايرت المكاييل أو الموازين إذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللعيار الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى به قوله ولا معيار أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

والعارية مؤداة وأما التكليف

فلان الرجوع اذا كان صحيحا

بقي المستعير شاغلا أرض

المعير فيكلف تقريرها ثم ان

المعير ما ان وقت العارية

أولم يوقت فان لم يوقت فلا

ضمان عليه لان المستعير

مغتر غير مغرور ومن جانب

المعير حيث اعتمد اطلاق

العقد وظن أنه يتر كها في

يده مدة طويلة من غير أن

يسبق منه الوعد وان كان

وقت العارية فيرجع قبل

الوقت صح لما ذكرنا ولكن

يكره ما فيه من خلف الوعد

وضمن المعير ما نقص البناء

والغرس بالقلع لانه مغرور

من جهته حيث وقت له اذ

الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور

يرجع على الغار دفعا للضرر

عن نفسه فان قيل الغرور

الموجب للضمان هو ما كان

في ضمن عقد المعاوضة كما

مر والاعارة ليست كذلك

أجيب بأن التوقيت من

المعير التزام منه بقيمة البناء

والغرس ان أراد اخراجه

قبل ذلك الوقت معنى وتقرير

كلامه ابن في هذه الارض

بنفسه على ان أثر كها في

وأما إذا عين الجهة بأن استعار ذراعهم ليعاير بهما ميزانا أو يزين بهاد كنان لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية لتجمل بها أو سيفاً محلياً يتقلده قال (واذا استعار أرضاً للبنى فيها أو لغرس فيها جاز وللعيار أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينال معنى به قوله ولا معيار أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى به قوله ولا معيار أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

التعليل خالي عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد يصير حوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد يصير حوا بأنهم مضمونة بالبالا من غير تعدد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فبالا تأثير فيها أصلاً لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا إقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صاحبة لان يجعل لفظ الاعارة في مسائلنا هذه مجازاً أو كناية عن معنى الاقراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أساليب التحرير فنعلي بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار ذراعهم ليعاير بهما ميزانا أو يزين بهاد كنان لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً أيضاً فكيف يتم ما ذكرنا بقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستئلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابق بقاء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستئلاك عينها فبإدراك الحكم عند الإطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فمظهر أن المقصود تعليل المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحصل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لا تدل على التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستئلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالملكية بدون استئلاك عينها قلت يمكن حصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقول فلا يقتضي انتفاء ذلك بالملكية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على أن ما مضى بديهة ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعل في هذا يكون البناء والغرس مضمونين وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

يدل الى هذه كذا فان لم أثر كها فإيضاً من لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذلك الوقت وذلك ما قلنا ويجب قوله ما نقص البناء والغرس أن يتطرق كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب

واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكرا لما حكم الشهيدان المعبر
 يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الآن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما قلده ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان
 بالارض ضرر بالقلع فالتحيا الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالأصل قبل معنى كلامه هذا ان ما قال
 القدوري ان المعبر يضمن نقصان البناء (١١٠) والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً ما اذا لحق فالتحيا في الايقاع القيمة

مقبولاً وتكيف القلع
 وضمان النقصان الى صاحب
 الارض وهو ظاهر ويجوز
 أن يتعلق بقول الحاكم
 الشهيد ومعناه أن المستعير
 انما يتمكن من القلع وترك
 الضمان اذا لم تضر الارض
 بالقلع وأما اذا تضررت
 فالتحيا لرب الارض وهو
 الاظهر ولو استعارها
 ليزرعها لم تؤخذ منه حتى
 يحصد الزرع بل ترك في
 يده بطريق الاجارة بأجر
 المثل وقت أول وقت لان
 الزرع له نهاية معلومة
 وفي الترك صراحة الحقيين
 فانما كان الترك بأجر لم
 تفت منفعة أرضه مجاناً ولا
 فرع الآخر

كذا ذكره القدوري في المختصر وذكرا لما حكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
 ويكونان له الآن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما قلده ذلك لأنه ملكه قالوا اذا كان في
 القلع ضرر بالارض فالتحيا الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالأصل
 ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول وقت لان له نهاية معلومة وفي الترك
 صراحة الحقيين
 لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع
 فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع
 ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع ويمنع أيضاً
 صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه
 فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير
 كونها موصولة فتقدير الضمير الراجح اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعبر ما نقص البناء
 والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة تنقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال
 صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة
 المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً واذا قلع
 في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة
 ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهم قالوا لا بد قوله يرجع بهما
 فيرجع بثمانية دنائير فكأن بعض العلماء أخذ مما قاله حصه فأورد على ما ذكره صاحب العناية
 حيث قال فيه كلام وهو أن اقله ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما
 لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين
 نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين
 القيمتين بدنانيرين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أراد بقيمة النقص
 معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنائير
 فيرجع بثمانية دنائير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وان دفع ما أورد ذلك البعض
 من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال
 فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى
 كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف
 على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا
 الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب سفيك كوفي لا ينبغي أن يصار اليه في توجيه كلام الثقات

(قوله واذا قلع في الحال
 تكون قيمة النقص دينارين
 يرجع بهما كذا ذكره
 القدوري) أقول فيه كلام
 وهو ان القلع ما نقص
 دينارين بل نقص ثمانية
 دنائير فينبغي أن يرجع بها
 كما لا يخفى هذا اشكال
 الفاضل الهنسي الشهير
 يعسقوب باشا فأقول
 الظاهر ان قوله قيمة النقص

من اضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله ويجوز ان يتعلق بقول
 الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس
 فراجعه قال للصف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرمي مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقفة
 لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفي الاعارة قال زرع الوقت ثابت دلالة والنهي أقوى من الدلالة انتهى والجواب
 أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له نهاية معلومة فلا يمكن هي اعانة الحقيين بخلاف زرع قبل تمام

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعاً للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعاً للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعارة دابة فردها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازاً عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتثبت بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفاً ظاهراً كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعاً للضرر عن المالك) أقول ائاًل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضاً الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه لحيانة نفسه أو بما منع عنه غيره فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فاقترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا فلا بد من له نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس يتم لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلاً وعمما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذ لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير معتبر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحاً لكان وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتاً قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأنه يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان ليبيع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضاً وهي الاتقاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام الحنوبى وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الاجرة لانه يتوصل به الى ملك الاجرة أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الاجرة أقوى لانه مال للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الاجرة عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

(قوله والغرم بازاء الغنم)
أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا)
أقول من أن النقص بالغرم

وفي القياس هو ضمان لانه تضبيع لارد وصار كذا المنصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ
نه وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه
الاستحسان ان في العارية عسر فليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار المالك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردھا
المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار (١١٢) عبيد افرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مال كهابل ضيعها وجه الاستحسان أنه أبق بالتسليم المتعارف لان
رداله واري الى دار المالك معتاد كآلة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردھا الى المربط (وان استعار
عبيد افرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولوردها المنصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم
يسلمه اليه يضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ ففعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى
المالك بدها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضى اياه أودعها اياه بخلاف العواري لان فيها
عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوه لم يردھا الى المصير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن
استعار دابة فردھا مع عبده أو أجيده لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانعة أو مشاهرة لانها امانة وله
أن يحفظها بيسد من في عياله ككافي الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها
مع عبد رب الدابة أو أجيده) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يردھ الى عبده وقيل هذا في
العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه
أحيانا (وان فردھا مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الا بداع قصدا كما قاله بعض
المشايع وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولو هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن
أعار أرضا بيضاء لزراعة يكتب انك أعطمتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يكتب انك أعزنتني) لان
لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى ككافي اعارة الدار وله أن لفظه الاطعام أدل على
المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف
الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

ورده الا الى المعبر لا عرف في
الأول وعنده في الثاني
ومن استعار دابة فردھا مع
من في عياله كعبده وأجيده
مسانعة أو مشاهرة فهو
صحيح لانها امانة وله حفظها
على يدهم ككافي الوديعة
وكذا اذا ردها مع عبد رب
الدابة أو أجيده لوجود
الرضا من المالك ألا ترى
أنه لو ردها اليه فهو يردھا
الى عبده واختلفوا في
اشتراط كون هذا العبد
من يقوم على الدواب فقيل
به وقيل هو وغيره سواء
وهو الاصح لوجود الدفع
اليه في الجلة وان ردها مع
أجنبي ضمن ودلت هذه
المسئلة على أن المستعير
لا يملك الا بداع قصدا كما
قال بعض المشايخ وهو
البحراني ومن قال بأنه يملك
الا بداع وهو مشايخ العراق
أولو هذه المسئلة بانتهاء
الاعارة لانقضاء مدتها
فكان اذ ذلك مودعا وليس
له أن يودع غيره فاذا
أودعه وفارقه ضمن
بالاتفاق كما تقدم وما في
كلامه ظاهر لا يحتاج الى
شرح

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذا الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم
ان منفعة الاجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا
في كتاب الاجارات بأن الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينيا وقد تكون منفعة من خلاف جنس
المعنة وعليه فلم يصح القول بأن منفعة الاجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن
لانه ما ردها الى مال كهابل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضمان لانه
تضبيع لارد وصار كذا المنصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب
فسخ ففعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه
لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا تحصيل فان قوله لان
الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكروا
بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكروا أحدا سواه ههنا بل اتفاد كروه في محله قياسا في كآري

(قوله وفي القياس هو ضمان لانه تضبيع لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول (كتاب
وفيه بحث فان هذين التعليين يتضمنان التنبية على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينامب ذكرهما هنا) (قوله فكان اذ ذلك
مودعا) أقول بل يكون اذ ذلك متعديا حتى اذا لم يكت في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الاجنبي ذكره الزيلعي فراجع نعم كونه كالمودع
بعد انقضاء المدة قول بعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيهان رحمه الله

فإن كراوجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وعلى في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا وفي الشريعة تسليم المال بلا عوض (وهو عقد شروح (١١١)) لتسليمه على الله عليه وسلم تباد واتحوا

وعلى هذا نعتد الاجتماع وتصح بالاييجاب والقبول والقبض (وهذا بخلاف البيع من جهة التعاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كافي ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوجب ولم يقبل به في يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فـ لان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيما قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا خلاف الصدقة

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لغيره عليه الصلاة والسلام زادوا أخبارا إلى ذلك أنعتد هذا الاجتماع (وتصح بالاييجاب والقبول والقبض) أما الايجاب والقبول فلا نعتد والقعد بالاييجاب والقبول والقبض لا يثبت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا خلاف الصدقة

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولان العارية كالقرد والهبة كالركب لان فيما تسليم العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخصي ولا تقتضي على ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالرهاب فقال أنك أنت العزيز الوهاب وهذا يكتفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة أصلها من الرعب والرهاب يتسكن الهاء وتحركها وكذا في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في آخرها التاء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير عما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبها وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من ذلك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهم به منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي تسليم المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده بعد غير ان صاحب الدرر والغرر قصده إلى الجواب عنه حيث قال في مثله هي تسليم عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بتواهب بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لاشي لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المخذور بذلك بل يشهد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله لم يهب بلا عوض في تعريف الهبة بلا كتاب عوض فالعنى ان الهبة هي تسليم المال بشرط عدم كتاب عوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فأنها وان كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الا كتاب ألا ترى أنهم قسموا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الكتاب وقالوا خرج بقولنا باريق إلا كتاب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فإنها أيضا تسليم المال بلا كتاب عوض فلم يكن مانعا من دخول الاغيار فلوزادوا قيد في الحال فتدلوا على تسليم المال بلا عوض في الحال يخرج ذلك قال الوصية تسليم بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالاييجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي تصح بالاييجاب وحده في حق الواهب

كتاب الهبة

(قوله قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا بملك قال المصنف (وتصح بالاييجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالاييجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب به بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع

(٢٥ - سابع)

فصار هو عندنا بمنزلة الأقرار والوصية وله كن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض وتمة ذلك فمن حلف لايهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشروح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة المعتبرة والمراد في المثلثان الجواز به وأنه ثابت

وبالآداب والقبول في حق الموهوب لأن الهبة عقد تبرع قيمته بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الأقرار
والهبة ولكن لا يملك الموهوب إلا بالقبول والقبض وفترة ثبتت تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة
من كتاب الأيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فسد بر في يمينه بخلاف
البيع كلامه واقفني أثره صاحب معراج الدراية كما هو أدب في أكثر المحال ونسج صاحب غاية
البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزا إلى الخصر واختلف وبقى صاحب العناية أيضا كلامه
وهنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين أما
من جهة الواهب فلا أن لا يوجب كلف ولا هذا الرحلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه
بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب فلا أن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع
أما وإن شراح المعنى أيضا اتفقوا أثره ولا بد بالجملة أكثرنا شرح ههنا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده
(أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لحديث الماذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان
فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لغيره فإنه يعتبر بالبيع
لأنه قيل مثله ولنا أنه عقد تبرع قيمته بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل أه إلا أنه غير مطابق لما ذكره
في هذا المقام لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلا أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول بمنزلة الصريح
في أن عقد الهبة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه
لثبوت الملك اذ لو كان مراده أن الهبة عقد تبرع قيمته بالتبرع ولكن لا يملك الموهوب له إلا بالقبول
والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كما لا يستره به عنده من أنه ذوق صحيح ثم إن صاحب
التمايه ومعراج الدراية قد كنا صرحا قيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول ولا يمتنع أن
ذلك التصريح منه - ينافي القول منه ما هي بأن الهبة تتم بالإيجاب وحده أذ لا شك أن الشيء لا يتم
بعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه وأعلم أن صاحب الكافي
ر صاحب العناية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الإيجاب والقبول لأنهم اعتقدوا قيام العقد
بإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون عليه والزام الملك على الغير لا يكون بدون
قبوله وانما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لأنه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب
لأنه لا يقول لأنه فعل الغير أه (أقول) هذا التقدير وإن كان مناسباً لما ذكره المصنف ههنا إلا أنه غير
ملائم لذكره في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفا وأيضاً رد عليه أن التعليل المذكور
للمبحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم
يقبل لأن المقصد ورثه في كل عقد هو الإيجاب لأن قبول مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما سحرناه
وأخصل أن كلمات انفرم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما
ركنهما فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاد في مبسوطه هو مجرد الإيجاب الوهاب وهو
قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد ينقد بمجرد الإيجاب الوهاب ولهذا قال علماءنا
أذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الإيجاب والقبول
ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن
الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما قبول من الموهوب فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون
ركناً وهو قول زفر وفي قول قال إقبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف أن لا يهب هذا
الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انما يبحث استحساناً وعند زفر لا يبحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا تجوز الهبة
المقبوضة أي لا يثبت
حكم الهبة وهو الملك إذا
اجوز ثابت قبل القبض
بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصل وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الالبه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الالبه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا التزام ثم يزاد على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحيد لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت للواهب كان قد يوافي لا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو وفي الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت بنا في المالكية فصيح الالحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يختلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقرر به أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها لتمام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المال فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحصانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجبهوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يبحث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجبا شيء لم يتبرع به بخلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصل وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الالبه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الالبه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذنا من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كإسائي وأما ثانيا فلا أنه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعدمه لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتهي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فلينأمل في الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق (بالاتفاق) والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح (ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال السكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجهه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة السكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما قاله ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الإيجاب التام اهـ (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كان في عقد واحد كالتبضع والقبول في الهبة فإن كلامهم ما يشد يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجب زوال أحدهما مرة الآخر وقيام مقامه بخلاف ما إذا كان في عقدين مختلفين كالتبضع في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في البسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثابع ما ان التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام إلا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدور تحقق القبول فإنه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب لم يغير قبول صح ومملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزبلي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا أن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا ما ناسب اهـ وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي وجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذلك الشافعي اهـ (أقول) أن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إيماء إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فأنما يصح لأن عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد وحراد صاحب الغاية مؤاخذة المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لأن في الصحة والجواز عن كلامه بالكلمة فلا بد فعبه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وفيه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعرضا في النهاية ومعراج الدراية إلى المخلفات (أقول) في الجواب يحنث أما أولا فلا بد دفع السؤال المذكور بل يقرره لأن حاصل ذلك السؤال القدر في المقدمة القائلة أن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالان بعد المجلس في الرتبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدر في قولهم أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا أنهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا يقتضيه أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يمتشي في تلك الصورة رأسا لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه يحنث فإنه لو صح ما ذكره لماز القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للوهوب له وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض) محصلاً لمقصوده فكان إذا نادى لالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبض بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل يلزم على هذا ما إذا أنشئ عن القبض فإن التسليط موجود ولم يجزله القبض أجاب بقوله (بخلاف ما إذا أنشئ) يعني صريحاً (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة التسليم لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبائع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول ولم يبيع حاضر لم يجزئ تسليم الإيجاب البائع تسليطاً على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون أدنه (١١٧) جازله أن يسترد ويحسبه للثمن

وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراء وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنياً لا معتبر به

والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا أنشئ عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينشأ بالإيجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهي محتمل ساقط أما الأول فلأن الملازمة في قوله لو صح ما ذكره جازالقبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلماً وأما بطلان الثاني فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مر أنفائه لوقال وهبة هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبض صح على مانص عليه في التبيين وذكر في لخيرة أيضاً إذا صح عقد الهبة من غير قبض أصلاً فلا تنصحب بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلا تافد نقلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القبض من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً فإدراج الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فمتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقلة لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك للوهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذا نادى لالة ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحسبه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنياً لا قصدى فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأينا أن لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما يلحق به)

(قوله وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة التسليم لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبائع) أقول فيه نوع ركائز أقول فيه عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد (أقول) ولهذا وحده لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يثبت (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراء) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره جازالقبول

بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينشأ بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمر غاسل لكونه مناشأ على العرف ولعل الأولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة التسليم وليس به حقيقة فبالنظر إلى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بالإذن الواهب وبالنظر إلى التعارض حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس ابتدائاً لا انحطاط رتبته عن القبض فتمام وقوع في بعض النسخ وجسد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الآخر قد بر (قوله وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنياً لا قصدى فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأينا أن لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلو كان المبيع قبل نقد الثمن كالموهوب فإن قيل حق الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فربما يقال في ذلك كون الإيجاب تسليطاً فلماذا في الهبة ليس بكله الأثر إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع ثمأمل

قال (وتعتقد الهبة بقوله وجبت ونخلت وأعطيتم) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نخلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تعتقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وجعلتك على هذه الدابة اذا نوى بالغسلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين

أقول لقائل أن يقول انما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لان جميع الحثيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتيقّد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضاً فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنًا دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يبعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقفاً عليه لثبوت حكم العقد والايكاف أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضاً فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحياً واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من لوازم على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا لا وهو له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا لا مستترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقيد بقدرة الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يستحق صحته متى قبض في المجلس فلا يعتبر باثبات فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين) قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظراً لأنه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافاً الى ما يطعم عنه فانهم انتهوا كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يعطى عنه أن يذكر ما يطعم عنه ويجعل مفعولاً ثانياً لا اطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيه على أصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طعاماً لا جعله مالاً كما وألحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى وقال في التساوي وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فاعا كان هبة وتمليكاً بقربة الحال لانه لم يجعله طعاماً قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو له تملك والا فلا اباحة انتهى فتأمل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الاصل واذا قال أطعمتك هذه الأرض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكرنا لا يثبتان رواية الاصل لان الظاهر منه ما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقاً ورواية الاصل صريح في أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيد بقوله فاقبضه وأما اذا لم يقيد بذلك فيجوز أن يكون

قال (وتعتقد الهبة بقوله وجبت ونخلت وأعطيتم) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه موافق بافادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها (قوله أكل أولادك نخلت مثل هذا) روى الثعالب بن بشر رضى الله عنهما قال نخلني أبي غلاماً وأنا ابن سبع سنين فأبت أمي إلا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فخطبني أبي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال أأنت ولدك فقلت نعم فقال أكل ولدك نخلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور

(قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول في أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين) أقول في التساوي قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافهول لا اباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التساوي من جعل مفعولاً ثانياً فلا يراد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

وقوله عليه الصلاة والسلام
(ولورثته من بعده) أي ولورثته
المجرله من بعده المجرله
يعني تثبت به الهبة ويبتل
ما اقتضاه من شرط الرجوع
وكذا لو شرط الرجوع
صريحاً يبتل شرطه وقوله
(لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان
حرف اللام للتلميح وقوله
(فلان الجمل هو الأركاب
حقيقة) يعني أنه تصرف في
المنافع (فيكون عارية) إلا
أن يقول صاحب الدابة
أردت الهبة لأن اللفظ قد
يذكر للتلميح فإذا نوى
يحمل لفظه فيما فيه
تشديد عليه عملت نيته
لا يقال هذا يناقض ما تقدم
في العارية من قوله لأنهما
لتملك العين وعند عدم
إرادته الهبة يحتمل على
تلميح المنافع مجازاً لما
أشرنا إليه هنالك أن قوله
لأنهما التملك العين يعني
في العرف فاستعماله في
المنافع مجاز عرفي فيكون
قوله ههنا لأن الجمل هو
الأركاب حقيقة يعني في
اللغة فاستعماله في الحقيقة
العرفية مجاز لغوي

(قوله لأن الجمل هو الأركاب
حقيقة يعني أنه تصرف)
أقول ضمير أنه راجع إلى
الجمل (قوله لما أشرنا إليه الخ)
أقول جواب لقوله لا يقال
هذا يناقض ما تقدم الخ

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عيها لا تطعم فيكون المراد كل غلتها
وأما الثاني فلأن حرف اللام للتلميح وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعمري فهي للعملة
ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا وأما الرابع فلأن الجمل هو الأركاب
حقيقة فيكون عارية ولكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلان على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه
عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب بكون هبة) لأنه يراد به التملك قال الله تعالى
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلان ثوباً أي ملكه منه

الهبة والعارية وإن النظر المذكور لا ينتج أصلاً على ما في رواية الأصل لأن التملك إنما يستفاد على
هاتيك الرواية من قوله فأقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على
أصل وضعه وهو الأباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عيها
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الأرض مما لا يطعم عيها إنما يقضي
أن لا يكون الاطعام المضاف إليها على حقيقة ولا يقضي أن لا يراد به تملك العين مجازاً كما يريد به ذلك إذا
أضيف إلى ما يطعم عيها فإنهم جعلوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طامعاً أي
أكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالاطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك
العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وإنما المتعارف أن يراد بالاطعام الغلة على طريق
ذكر الحمل وإرادة الحمل كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الاطعام إلى ما يطعم عيها أن يراد به تملك
العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما حتم له اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال
جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلان حرف اللام للتلميح
واقفني أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعمري فهي للعملة ولورثته من بعده ويدل على
هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث إذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المربون ران لذكرها في ذيل
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً إذ قد سبق ذكر ما إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينهما وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري إلا باشتغال هذه الصور
على لفظة عمري دون ما سبق فيه لو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتلميح لا كون لفظة
العمري لاثبات الملك للمجرله لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته
لقال لما روي كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة قلت كأن الشارحين المربون أغتر بذلك
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام
لأن نفس الحديث وقد أشرنا إليه في تحريره مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلأن الجمل هو الأركاب
حقيقة فيكون عارية ولكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلان على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه
عند نيته) يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية ألا يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن
هذا اللفظ قد يذكر لتملك العين فإذا نوى ما يحتمل لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية
فإن قيل كيف يستقيم قوله أن حقيقة الهبة الأركاب وقد ذكر في العارية أن قوله جعلت لتملك العين
قلنا حقيقة الهبة الأركاب نظر إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت
مهمجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشتبك انتهى وذكر صاحب العناية في قوى ذلك
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنهما التملك العين وعند
عدم إرادته الهبة يحتمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنهما التملك العين

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة من دونه وقوله (ولو قال داري ثوب سكتي (١٢٠) أو سكتي هبة) انما هو بنصب هبة في الموضوعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

داري ثوب من اليمين وقوله (لو قال داري ثوب سكتي هبة) لان العارية محكم في غلبت المنافع كان الواجب أن يقول لان سكتي محكم في غلبت المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكتي لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقدود) أنه ملكه الدار غيره ليسكنها او هو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التعليل بانه قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره) والفرق بينهما أن قوله سكتي اسم فجار أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكتها فعل الخطاب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال داري ثوب سكتي أو سكتي هبة فهي عارية) لان العارية محكم في غلبت المنفعة والهبة محتملها وتحتمل عليك العين فيحمل التحصيل على التحكم وكذا اذا قال عمري سكتي أو تحملي سكتي أو سكتي صدقة أو صدقة عارية أو جارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة) لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقدود بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره
يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عر في فيكون قوله هبة لان الحمل على الادر كتاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فبمبدأ حنفية رجمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مشجورة بالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مشجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الراكب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو عليك العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليست أميل ثم ان قول صاحب الكفاية في مكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالدلالة أو الأمارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحتمل عليها وان لم ينوها يحتمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فاین هذا من ذلك (قوله ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة من دونه كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسألة الحمل وعدم تقيدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله مختك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله مختك هذا الثوب وقوله جلتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد به ما الهبة وقال في التعليل لانها التعليل العين وعند عدم ارادة الهبة يحتمل على غلبت المنافع مجوزا فيكون بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منطوقه ان قد ذكر في المحيط تنالا عن الاصل انه اذا قال مختك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال مختك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالأصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعنبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة من دونه لا يفرق بين الفضل في تعطيل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) اذا الفعل لا يصلح تفسير الاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج السمرية لان قوله تسكتها فعل الخطاب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب الضاية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة (أقول) ليس هذا صحيح لان قوله تسكتها ليس بفعل الخطاب وانما فعل الخطاب السكتي الذي دل عليه لفظ تسكتها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكك فعل

الخطاب
أليم تؤمنون بالله الا به لانه يبين لا تفسير وبينهم افرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها فعل الخطاب فلا يصلح تفسير القول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ) الموهوب اما ان يحتمل القسمة أولا ولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التبرع على الخيل دون الخيل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس محوزا أي ليس مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا جرد قبض التبرع الموهوب على الخيل ولكن ذلك التبرع مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير متسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فمقر زافانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم بحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرة وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتخصيصه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاقد والصرف والسلم فان الشيوخ لا يمنع عام القبض (١٣٩) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

ودخل بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملئكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري معني على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعمد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(١٤٠ - تسكمه سابع) فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعمد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما روي عن قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التخصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه أي بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملها والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة لعدم النافية للاعتناء بشأنه

(قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثاني ناظرا الى قوله أولا والاول ناظرا الى قوله اما أن يحتمل القسمة (قوله وتخصيصه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لاننازع في كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توحيده بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان في تجبوز الزامه شيألم يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجبوز ذلك لا يجوز زل زيادة الضرر فان قيل هذا
 شره من شئ من قسمه
 على خمسة المشاع يدل على
 القسمة من القسمة
 لا غير من القسمة
 من مرضيا أوجب بأن
 المرضي منه ليس القسمة
 ولا يستلزمها بل هو الزان
 يتكون راضيا بالمال المشاع
 وهو ليس بقسمة ولا
 يستلزمها ولا هذا أي ولان
 في تجبوز هذا العقد الزام
 ما يلزم من امتنع حواره
 قبل القبض لئلا يلزمه
 التسليم وهو لا يتحقق
 بدون مؤنة القسمة بخلاف
 ما لا يتسم لان الممكن فيه
 هو القبض القاصر فيكتفي
 به ضرورة ولا أنه لا يلزمه
 مؤنة القسمة فان قيل
 لزمه المباشرة في إيجابها
 الزام ما يلزم بالعقد ومع
 ذلك العقد حازر لم تكن
 مؤنة القسمة كذلك

(قوله أوجب بأن المرضي
 منه ليس القسمة ولا
 ما يستلزمها بل هو الزان
 يكون راضيا بالمال المشاع
 الى قوله وهو لا يتحقق
 بدون مؤنة القسمة)
 أقول وفيه بحث فانه
 يعلم أنه اذا طلب شريكه
 القسمة لا ينفعه أباه على
 أنه أن يرجع عن قسمه
 ولا تلزمه المؤنة لئلا تمل
 (قوله فان قيل لزمه
 المباشرة في إيجابها الزام
 ما يلزم) أقول ممنوع فان اقدام على عقد الهبة الزام

ولان في تجبوز الزامه شيألم يلزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع حواره قبل القبض لئلا يلزمه التسليم
 بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر ممكن فيكتفي به ولا أنه لا يلزمه مؤنة القسمة
 لان المشاع الخالي لا على أصل مدعى الشايع وهو قوله تجبوز في الرجوع فيه يكون دليله لا رابا عليه
 ممكن بمعنى أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والشايع أنه ان كان
 تقيد بمقتضيات حيث تار فكان العقد سدر من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان حازرا
 ولما عت عليه جعله لئلا هذا اشارة الى جواره والثابت أنه جعل قول المصنف وكذلك تبارع
 على الجواب عن سؤال ردي بطريق المع على مقدمة من المقدمات التي قد درها وهي قوله ولا مانع
 ثمة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ انبأت كبرى الدليل السابق
 وهي قوله فيمتنع في المشاع لا انبأت أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى منعمون عاتيل الكبرى للمعنى
 وهذا أي تمتعه في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محله
 فلا يلزم حينئذ لرجوعه ان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما
 فظاهر جدا وأما الثاني فله سقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى
 التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال ردي على الدليل المذكور
 بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا لا يجوز في المشاع لزم في نفسه وجوب
 ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزامه عليه ما لم يلزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع
 لا يمنع الشيوع كالقرض والوصية يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع
 كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب
 العناية وهو حل الكلام المذكور على الجواب عما ردي على مقدمة غير مذكرة كما عرفت فتبصر
 (قوله ولان في تجبوز الزامه شيألم يلزمه وهو مؤنة القسمة) يعني ان في تجبوز عقد الهبة في المشاع الزام
 الرادب شيألم يلزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز زل زيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان
 اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا أوجب بأن
 المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها بل هو الزان يكون راضيا بالمال المشاع وهو ليس بقسمة ولا
 يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني (أقول) في الجواب
 بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان في تجبوز
 الزامه شيألم يلزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجبوز هبة الشئ انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو
 نبوت الملك له وهو له شيألم يستلزمه حكمه أو أمما ليس بحكم الهبة ولا شيألم من لوازم حكمه فلا يلزمه
 تجبوز الهبة في شئ فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيألم يستلزمه حكمه فأي يلزم من تجبوز هبة
 المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك
 المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لا ان يقبل
 لان سلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمه هو الملك مطلقا لا ترى ان هبة المشاع الذي لا يستلزم
 القسمة حازرة بالاتفاق وحكمها بابت قطعها مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل هو الملك
 المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول الجيب ان المرضي منه ليس القسمة
 ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعها فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعين
 الرضا عنه ما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه
 آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أباه على أنه أن يرجع عن

الحاج بشو له والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به هو العين ولغايل أن يقول أن الزامه لم يلزمه الزاغب بعد الهبة إن كان
 منعه عن جوارها قد وجد وأن خصمته بعد عوده إلى ما تبرع به كان تحكيكاً والجواب بقصصه بذلك ويدفع التحكيم بأن في عودته إلى الزام
 زيادة عين حتى أجرة القسمة على العين المودوعة بانضمامها من ملكه وليس في غيره ذلك لأن المهاياة لا تحتاج إليها لا يلزم ما إذا أتت الزاغب
 الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للزاهب وفي ذلك لزام زائد عن عين على ما تبرع به لأن ذلك لا خلاف لانه عند التبرع (قوله الوصية)
 سواب عن قوله كالتبرع والوصية وتقرر براد أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك
 وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فإن القبض فيها بشرطاً لذلك لكنه غير منصوص عليه فيها فإن قيل
 القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت المال ابتداءً وفي الصرف
 لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نهائياً عاقد وضمنان فينسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فإن قيل إذا كانت من الشريك لم تلزم
 القسمة وما جازت فأجاب سياتي والفرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٤) والعبد وعقد ضمان من وجه فإن

المستقرض مضمون بالمثل
 فليشبه بالتبرع شرطنا القبض
 فيه وليشبه بعقد ضمان
 لم يشترط فيه القسمة عملاً
 بالشبهين على أن القبض
 فيه ليس منصوصاً عليه فبراعى

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا
 البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نهائياً عاقد وضمنان
 فتناسب لزوم مؤنة القسمة والتبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض الفاسد فيه
 دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وطب من شريكه لا يجوز
 لأن الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وعب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه
 وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع

على الكمال (ولو وطب من
 شريكه لم يجوز) وإن لم يلزم
 فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم
 يدار على نفس الشيوع) فإنه
 مانع عن كمال القبض فيما
 يجب القبض فيه على الكمال
 فكانه إشارة إلى الوجه الأول
 وعلى ذلك قيل الوجه الثاني
 غير متمش في جميع الصور
 ولا يكون صحيحاً وهو غلط لانه
 عدلة النوعية لاثبات نوع
 الحكم وذلك لا يستلزم
 الاطراد في كل شخص (ومن
 وعب شقصاً مشاعاً فالهبة

هبة ولا تلزمه المؤنة فليتامل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلا نه
 وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه بأوه إلا أن طلب شريكه أياها غير متعين بل محتمل والاقدم
 على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لأبعا هو من محتملات ذلك
 وأما الثاني فلا في رجوعه عن هبته ضرراً آخره وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلمزم أن يتوقف دفع
 ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويزه بمشاع الزام الواهب
 أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضاً هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز
 الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفاءه على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير
 من المواد وهي التي تحقق في الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيه لزم المحذور في مثل ذلك
 ثم أقول ببق شيء في أصل هذا التعليل وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فإن
 رضى بها كان ملتزماً أياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه لم يلزمه وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة
 القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنه على ما يجبي في كتاب القسمة
 فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين)
 هذا جواب عن سؤال مقدر تقرر به أنه إن لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحذورة وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين
 فكانت معارضة من ذلك لكن أعادها تمهيداً لقوله (بأن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع
 ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يملح حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جلة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم
 العقد بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فإن قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا
 لا نسلم كون القبض منصوصاً عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض لضرورة التعيين على
 ما سبقه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف له قائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وطب من شريكه لا يجوز) أقول
 نال الرافعي في شرح الوحي الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه
 قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا يصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالحق فقال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضاً انتهى
 ففي قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

فإنه لا يورثه ودية في سنة (١٣٢) وفي كونه ديناً على أن المثل إذا كان معدوماً لم ينعقد له بالتبديد بغير خلاف ما إذا كان مستمراً
 بعد فسخه ولا يشترط الإتيان به (١٣٢) وذلك واضح لإصلاحية المشاع للمصلحة دون المعدوم وهذا مما يرشدنا أن مراد المست

بموجب ما ورد في شرحه
 في وجهه ما سبق وأما ما ورد
 في شرحه من أن المست
 في سنة ثبوت المثل ولا
 يتوهم أنه من ذمة من ذهب
 أو أنه يجوز له أن يركب غير
 به ولا يحتاج إلى تجديد العقد
 سنة الأثر في مشاع في
 المعدوم وإنما جعل الرهن في
 السهم والدين في المستطعة
 معدوماً لأنه ليس موجوداً
 بل قبل ولا يحتاج إليه من
 والمثل ولا يعتبر بكونه
 موجوداً بالقوة لأن عامة
 الممكنات كذلك ولا تسمى
 مرجوة وإذا كان لعين في
 يد المورث لا يحتاج إلى
 قبض جديد لا لتفاد المانع وهو
 عدم القبض وإذا وجد القبض
 أمارة جاز أن ينوب عن
 قبض الهبة بخلاف ما إذا
 بأعده منه لأن القبض في
 البيع مضمون فلا ينوب عنه

في رهنه وقبضه في سنة (١٣٢) وفي كونه ديناً على أن المثل إذا كان معدوماً لم ينعقد له بالتبديد بغير خلاف ما إذا كان مستمراً
 بعد فسخه ولا يشترط الإتيان به (١٣٢) وذلك واضح لإصلاحية المشاع للمصلحة دون المعدوم وهذا مما يرشدنا أن مراد المست
 في رهنه وقبضه في سنة (١٣٢) وفي كونه ديناً على أن المثل إذا كان معدوماً لم ينعقد له بالتبديد بغير خلاف ما إذا كان مستمراً
 بعد فسخه ولا يشترط الإتيان به (١٣٢) وذلك واضح لإصلاحية المشاع للمصلحة دون المعدوم وهذا مما يرشدنا أن مراد المست

الاحتياج الزام بالم يلزم ومع ذلك العقد جائز قلنا كمن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة
 تأزمه فيما يشترع به وهو المنفعة لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا
 الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمناً في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة
 ما في جملة التبرع والكفا في هذا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام بالم يلزم الواجب
 بعقد الهبة أن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً والجواب
 بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عودته إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة
 وإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها كلامه (أقول) لا يرى في الجواب
 الذي ذكره كثر طائل في دفع سؤال سائل لأن حاسله أن في عودته إلى ما تبرع به الزامه إخراج
 عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فللقائل أن يقول إن لم يكن في المهايأة الزامه
 إخراج عين عن ملكه ففيم الزامه إزالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضرراً من الثاني
 مطالباً غيرهم لم فكمن من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته
 فتكون أزالته أسوأ لانتفاعهم بأشوق على الإنسان وأكبر ضرراً له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته
 عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحتقة في صورتين معا غير أن الزائد عليها في أحدهما العين
 وفي الأخرى المنفعة والأظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ولا يلزم
 التحكم لأن المحذور في الزامه بالم يلزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المرافعة فإن التبرع ضد الزم فيها
 لا يحتمل ما في محل واحد وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا يلزم المرافعة فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة
 لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع أذ كان واحداً فلا محذور فيه ثم إن صاحب غاية البيان
 بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يتحمل
 القسمة لما يلزم منها ضمان القسمة على الراهب صحت وقوله لم يؤدي ذلك إلى الزام التماسه فيقول لأن
 لأن التماسه ليس بواجب لأن فيه إغارة كل واحد منهم ما نصيبه من صاحبه والإغارة لا تكون واجبة أه
 كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التماسه لا يوجب ويجري فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد
 الشر كذا سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة
 وما ذكره بقوله لأن فيه إغارة كل واحد منهم ما نصيبه من صاحبه وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكننا
 تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها والحاجة إليه أذية مذكور
 الاجتماع على الانتفاع بأشبهه القسمة فتوالتهم في هبة المشاع فيما لا يتحمل القسمة يؤدي ذلك إلى الزام
 التماسه لا يقبل المنع أصلاً (قوله وإذا كانت العين في يد المورث له ملكها بالهبة وإن لم يجد فيها
 قبضاً إلى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينبوب عنه) والأصل في ذلك أن تباحس القبضين بجواز نيابة

قال المصنف (وهبة العين في
 الشرع) أقول قال صاحب
 التمهيد أقول في البيوع أن
 الزور في التمر لا يجوز بيعه
 وإن أنجزه وسلمه إلا أن يجدنا
 بيعاً جديداً نشك في وجوده
 والمثل في الشرع كذلك فينبغي
 أن لا نسح هبته وإن سلم ببيعته
 انتهى قال المولى الشافعي
 مختصر شافعيه أنه تعالى
 والفسق فلهذا إذا لم يجد

بالفعل كلف في الهبة وإن لم يتعين به بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد
 البيع القدرة على التسليم دون الهبة وانتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج إلى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لا انتفاع المانع)
 أقول بوجود المنتفع وهو ظاهر لكن بين هنا بحث والأظهر أن يقال لزوم الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاهل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصو بأو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودعة فباعه منه فانه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين وبعض وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن وجود الورثة بعد موته أو وجوده بعد ادراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويدمودة كبدته (بخلاف ما إذا كان موهوناً أو مغصو بأو مبيعاً بغير فاسد) (١٣٥) لأنه في يد غيره (يعني في الأولين) أو

في ملك غيره يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يؤوله) نحو الأخ والعم والأخني جزله قبض الهبة لأجل إتيان قيل أطلق حوار قبض هو لأجله لكن ذكر في الإيضاح ومختصر السكرتري أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من عاك

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يدمودعه لأن يده كبدته بخلاف ما إذا كان موهوناً أو مغصو بأو مبيعاً بغير فاسد لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يؤوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصو بأو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودعة فباعه منه فانه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما صرح في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف في مآب أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعده ففعل الفساد فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد انفسخ العقد فينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سبق بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الأذن من البائع لا يقال بحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولي مال أحد بغير إذن مالكيه بغير فاسد أو بقبضه المشتري لأننا نقول فإن أذن له المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يؤوله) أي

التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ لا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يؤوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلا إذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سبقي بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قيل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل

(وان وهب له صغيرا اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه ملك) الاصر (الدائرين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (واذا وهب اليه هبة الخ) اذا وهب اليه مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب أو جده اليه أو وصيه لان له ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر أمه أي في كفها وترتيبها فقبضه اله جائزا لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يريه لان له بدامعتبره ألا ترى أن اجنبيا آخر لا يمتك من تزعمه من يده فملك ما تمحض نفعه في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٣٦) وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعه

(وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه ملك عليه الدائرين النافع والضر فأولى أن ملك النافع قال (واذا وهب اليه هبة تمت بقبضه اله وليه وهو وصي الاب أو جده اليه أو وصيه جاز) لان له ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضه اله جائزا) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من باب لانه لا يبق الاب المال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان في حجر اجنبي يريه) لان له عليه بدامعتبره ألا ترى أنه لا يمتك من تزعمه من يده فملك ما تمحض نفعه في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقل لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة بجوز قبض زوجها الهابعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وعليكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحد وحده بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ويختصر الكرخي ان ولاية القبض هؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذار حرم محرم منه أو اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من ملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية حقه حينئذ ألا ترى أنه يؤيده وسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المفعة اه وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقبول وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقررت في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطايات وأما اذا كان مؤخر عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيمضحل ما توهمه صاحب العناية (قوله وعليكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله وعليكه مع حضرة الاب أي وعليك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا

فان قبل عقد الصبي اما أن يكون متبرعا أولا فان كان الثاني وجب أن لا يسع قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أدلته فاجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نافع محض معتبر توفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضا انه يفتح به باب آخر التحصيلها فكان جائزا نظر اله ولهاذا لم يعتبر عقله في المترددين النفع والضرر سدد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يستم به النظر في عواقب الامور فلا بد من حسيبه برأي الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أولا فان كان الاول جاز قبض زوجها اله لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ ماله واقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذلك قبضت بنفسه أو أطلق

المصنف عن كون اجماع مثاله لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت عن اجماع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحضر والاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للتزويج لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله وعليكه مع حضرة الاب كما ذكرنا

(قوله وكذا اذا كان في حجر اجنبي) أقول كالقبض (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف) أقول لكنه معتبر ولهذا جاز قبض الاب أيضا (قوله فاجواب أن عقله في المتردد الخ) أقول يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يمكن كونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا يعتبر بقبض الزوج لانها لا ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدام متحققة وذلك لا يجوز قبل الزفاف قال (واذا وهب انسان من واحد داراً اجاز الخ) واذا وهب انسان داراً من واحد جاز لا تثناء الشيوخ لان الشيوخ اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلباً هاجلة وهو قوله قد قبضه اجلة فلا شيوخ وان كانت بالعكس لا يجوز عند أي حنيفة وقال لا يجوز لان هذه هبة الجلالة بينهما لا اتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجلالة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم ان دلورهن من رجلين جاز

فالهبة أولى ولا يحنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اوله ذلك كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار لكل وهب النصف لكل واحد منهم ما بعد على

حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوخ وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوخ لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا الاستدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائماً ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب انسان من واحد داراً اجاز) لانهما سلباً هاجلة وهو قد قبضه اجلة فلا شيوخ (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أي حنيفة وقال لا يصح) لان هذه هبة الجلالة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اوله ذلك كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يمكن كونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه ورافقني أثره صاحب العناية ومراجع الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام نحو اهرزاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والاب والجد والاخ وقالوا لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أنه في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يمكن كونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة المذكورة في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهام كيف تبين رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله ويلكم مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه وأما بعده من حيث المعنى فلا نوله كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً قال ويملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل توقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوخ لامتناع القبض به (قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازي من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالهم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره بجملة في قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرر بالدليل ما حرمه المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا التاميين استدلال من جانب التملك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا هو الرهن
دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن وذلك لان رواية الجامع الصغير بين رواية الأصل وذلك لان رواية الجامع
الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة
والصدقة في منع الشيوع فمنع الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع
القبض على سبيل الكمال ووجه التفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله
تعالى على الخلو فلا شيوع فيها (١٣٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل

بمخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلاً اذ لا تضاييف فيه فلا شيوع ولهذا هو
قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
أو وهبها لهما جاز ولو تصدق به على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقال لا يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد
منهم ما جاز عن الآخر والصلاحيية ثابتة لان كل واحد منهما ما عليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة
في الحكم وفي الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين انوقفهما على
القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه
الغنى وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالبدل كور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين
داراً واحدة لثلاثها ولا خير لهما لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما
نصفها ولا خير نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في المصنف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع
لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله
وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حره
الشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين
استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من
جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف
فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفتضح عنه
من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك
فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم أنشأه والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من
جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين داراً واحدة لثلاثها
ولا خير لهما لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها
ولا خير نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداءً من غير سابقة
الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بخلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كالثلاث
والثلثين أو بالتساوي كالنصف وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً
أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً وافرقت أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجز وفي
المساواة جاز وفي رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية

ما ذكر في الأصل الصدقة
على غنيين فتكون مجازاً
للحبة ويجوز المجاز على
ما ذكره في الكتاب ان
كل واحد منهما ما عليك بغير
بدل قال (ولو وهب لرجلين
داراً الخ) اعلم أن التفصيل
في الهبة اما أن يكون
ابتداءً أو بعد الاجمال فان
كان الاول لم يجز بخلاف
سواء كان التفصيل
بالتفصيل كالثلاث
والثلثين أو بالتساوي
كقوله وهبت لك
ثلثي الشخص وهبت لك
نصفه ولا خير كذلك ولم
يذكره في الكتاب وان
كان الثاني لم يجز عند أبي
حنيفة مطلقاً أي سواء
كان متفاضلاً أو متساوياً
صرح على أصله وجاز عند محمد
مطلقاً صريحاً على أصله وفرق
أبو يوسف بين المساواة
والمفاضلة ففي المفاضلة لم
يجز وفي المساواة جاز وفي
رواية على ما هو المذکور
في الكتاب بقوله وعن أبي

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

جعل

(قوله فان كان الاول لم يجز بخلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كالثلاث وهبت لك ثلثي الشخص وهبت لك ثلثي الشخص ولا خير لهما
بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا خير كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله وهبت لك ثلثي الشخص ولا خير لهما
متعلق أيضاً والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي الشخص ولا خير لهما ولا خير لهما ولا خير لهما ولا خير لهما ولا خير لهما ولا خير لهما ولا خير لهما
بالتفصيل بالصاد المجمة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفصيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان
الاول لم يجز بخلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً بنقل عن عامة النسخ من الذخيرة والابيض وغيرهما أنه لم يجز بالاخلاف وليس نظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز وأما رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فإنه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وإنما لا يجوز زعمه التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذ لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة الى الدليل لجرى بانهم اعلى أصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذ لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تلك كل واحد منهما النصف ولم يرد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التمثيل كان معتبرا وفيه تفريق العقد فكانه واجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع محال لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً حيث قال ولو فصل ابتداءً بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بالاخلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والابيض وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهت كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً انتهى (أقول) يرشد الى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها والاخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع

حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

(١٧ - تمهله سابق)

باب الرجوع في الهبة

فذكر أن حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك ما منع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهرا لقرنه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعديل أي تعديل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباعثة على العطف في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظرا الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لأجنبي قبل الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحهم محرم منه فخرج منه من كان ذارحهم وليس محرم كبنى الاعمام والاشترال ومن كان محرم ليس بذى رحم كالإخوة الرضاعى وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسامها إليه والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعى لا رجوع فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الراحب في هبته إلا الوالد فيما به بل ولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لده) جواب عما يقال فهذه الهبة موسومة في هبة الوالد ولا وتشريره (١٣٠) أناذا نسلم ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزءا له (قوله على أصله) أى على الشافعى فان

قال (واذا وهب هبة لأجنبي قبل الرجوع فيها) وقال الشافعى لا رجوع فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الراحب في هبته إلا الوالد فيما به بل ولده ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لده على أصله لأنه لم يتم التملك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الراحب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا به (قوله واذا وهب هبة لأجنبي قبل الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أى اذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس محرم أو لذى محرم ليس براحم وسلم الى به ولم يقتصر بهما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حال عقد الهبة فله الرجوع فيها ما بالقضاء أو بالرضاء من غير استحباب بل هو مذكور وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحهم محرم منه فخرج منه من كان ذارحهم وليس محرم كبنى الاعمام والاشترال ومن كان محرم ليس بذى رحم كالإخوة الرضاعى وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسامها إليه والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خال فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب وأجنبي إخراج المؤنت لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المراتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يثب منها الهبة التى كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنت وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تعليب الذكور على الاناث كافي خطابات الشرع على ما نقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بنائى القيدى الذين اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم يقتصر من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم أقول لما منع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذين القيدى في أثناء كلام القدورى في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدورى لانهم من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الراحب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا فنقول لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولا نل

من أصله ان الراحب حق الملك في مال ابنه لانه جزءه أركسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الراحب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولا نلوا كان كذلك لخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

(قوله ذارحهم محرم) أقول جرح على الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة بهب أحدهما لا آخر بل الوجه حاله خروجه الى القيد الثانى الذى لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسامها إليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جواز (قوله) كان والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة (أقول فيه شئ) (قوله والعقد لا يقتضى ما يضاده) أقول من الذى ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعى) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعى (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في نحو الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الراحب أحق بهبته) أقول ذلك أن تتأمل في أحقية الراحب بعد التسليم فان الثابت للو هو ب له حقيقة الملك وللراحب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثانى أحق من الاول الآن يقال الاحقية باعتبار أن للراحب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للو هو ب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا نلوا كان كذلك لخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يخرج الى القول بفهم الغاية وقد نفاه الشارح

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذا العقد يقبله والمراد بما
روى نفي استبدال الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك لخلاف قوله ما لم يثبت منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية
والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا لا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد
أشأ في الكافي أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق به بجمته
ما لم يثبت منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم
وأضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أنا خبز فلان الخبز وإن كان اشتراعه من نفسه
ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لابتداء
تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولأنه من هذا الحق إلى وصول العوض إليه
وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث
أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فإن
القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة
الهبة ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه
مجازا باعتبار ما يؤيد إليه كافي نحو رأني أعصر خجرا وقد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له
وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فالأن قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل
مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة
ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا
الحديث المذکور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير
المعنى الواهب حقيقة بجمته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون
صبغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل
مقصودا في الحديث المذکور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى
أن الاحتمال كاف في مقام المنع قاذح في مقام الاستدلال على أن لفائلا أن يقول لو كان معنى
التفضيل مقصودا في الحديث المذکور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق
الموهوب له فيهما كان الرجوع عنهما مكرها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته
كالعائد في قبضه لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد
أحق في الحديث المذکور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيقا للكلامين فتمام ثم إن بعض
الفضلاء قد حذ في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجزى القول بعفهوم الغاية وقد نفاه
الشارح يعني صاحب العناية (أقول) سرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة وال ترجيح
بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولأن المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجأهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من
يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص
التعويض بالتساويين والمدعى كان أهم انتهى وقد سبقه إلى هذا الدخول الشارح العيني حيث قال
بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ومع هذا الرجوع في الكل
ما لم يعوض انتهى (أقول) يمكن توجيهه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله وإلى من
يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ولأن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعمر

(ولأن المقصود في الهبة
هو التعويض للعادة) لأن
العادة الظاهرة أن الإنسان
يهدى إلى من فوقه ليصونه
بجأهه وإلى من دونه
ليخدمه وإلى من يساويه
ليعوضه وإذا تطرق الخلل
فيما هو المقصود من العقد
يتمكن العاقد من الفسخ
كالشترى إذا وجد بالمبيع
عيبا (فثبت له ولاية الفسخ
عند فوات المقصود إذا العقد
يقبله والمراد بما روى نفي
استبدال الرجوع) يعني
لا يستبدل الواهب بالرجوع
في الهبة ولا ينفرد به من غير
قضاء أو رضا إلا للوالد

(قوله لأن العادة الظاهرة
أن الإنسان يهدى إلى من
فوقه ليصونه بجأهه الخ)
أقول المفهوم من هذا
التقرير خلاف المدعى
حيث خص التعويض
بالتساويين والمدعى كان أهم

لا يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب أنه الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فتزمنة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كأنه لم يخطئ فيه وهذا الاستقباحه ثم الرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالشيء أو الخدمة وبالمال وبغيره بالتعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي والتعويض المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المسمى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس يتخذه في ذلك أن تقر برجل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة لا جانب العوض والمساواة لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليس بوجهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال لا يهدي إلا يدي قروض انتهى ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيدتني العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه يظهر أن العوض ليس يقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يعرض يدل على جواز الرجوع وإن قيدتني العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لا نسلم ظهوراً أن العوض ليس يقصود عند التقيد بنسبة العوض فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الراهب إياه والغائب بل يجب مردود الموهوب له وجرى المادة على التعويض وبني الواهب التعويض لا يفتقر ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لليجان مردود الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا أنه كذلك فنقول الوجه المذكور على توعية لاثبات فرع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قد أواسل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله أنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وذلك بعض الفضلاء بل شراءاً بغيره وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بفتح الراء هبة المثل كما بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا ماس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قوله لم يسم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في ملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه لانهفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك لانهفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتمدين (قوله وقوله في الكتاب أنه أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كأنه لم يخطئ فيه وهذا الاستقباحه) قال الشارح العيني قبل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التي هي معصية أخرى مستترة لا يجوز إذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز تبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يجرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بهذا ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهما فكيف يسوغ للقاضي أن يقدم على أمر مكرره وانتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ما إذا كان الذي كان مكرراً أم هو نقص الرجوع عن الهبة لا جواز

فإنه ذلك إذا احتاج إليه حاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار انما اشترط أن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (قوله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كأنه لم يخطئ فيه) كذا في حديث آخر العائد في هبته كأنه لم يخطئ فيه ثم يعود حديث شبيه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمه (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها الفاضل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة * يا صاحب حروف دمع خرقه فالهال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والراء الزوجة والتاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا التحريم) أقول فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول لا يظهر في رواية أخرى

(فقال الآن يعوضه عنها الحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تنفع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لم تكن كذلك عادت نقصانا (١٣٣) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالاصحح الزائدة مثلاً رطل ببال بالفرق بين الرديب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرديب العيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالهبة وأجب بأن الردي في المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعاً أو على الاصل وحده لا يسيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لم يقيم في يد الموهوب له مجاناً لم تفص الى الربا وأما في المتصلة فلان الرديب العيب انما هو من حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

فقال (الآن يعوضه عنها) الحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو عوت أحد المتعاقدين) لان عوت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا يثبته ولانه تجدد الملك بتجديده

الرجوع عنها والذي يكون محلاً للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لانه نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنك مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا عانة على امر مكرره بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل ائتمناه وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان متركباً للمكرره بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضاً الزام المكرره لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكرره بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكرره نعم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يجرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسئلة لا تمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بهذا فانه هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصحح الزائدة مثلاً اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أو مالاً زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصاناً معني كالاصحح الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة * ثم أقول بقي ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبلاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضاً فليأمل

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضاً لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة ونزع عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجديده) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع عن هكذا في تبدل السبب

قال (فإن وهب لا آخر أرضاً بيضاء فأثبت في ناحية منها مختلاً) هذا النوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآخر هو المثلث عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآخر الأختية وهي عروضة وحصل تشد اليها الدابة في حبسها فأقول من تأري بالمكان إذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والاول الحال لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادته في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (وإذا قال الموهوب له لا واهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العروض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضاً يبطل به الرجوع وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض عتبه فلكل واحد منهما ما أن يرجع في حبه وليس من شرط العرض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير اجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العرض على الموهوب بل لو عوضه عنه أجني متبرعاً صريح (وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العرض لا يسقط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العرض بعض الموهوب

قال (فإن وهب لا آخر أرضاً بيضاء فأثبت في ناحية منها مختلاً) أرى بيتاً أو دكاناً أو رباو كان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لأن هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها) لأن كان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فإن باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) لأن الاستناع يقتدر المانع (وإن لم يسع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لأن له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريق الأولى قال (وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام إذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولا أن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (وإذا قال الموهوب له لا واهب خذ هذا عوضاً عن حبيتي أو بدل أعني أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وإن عوضه أجني عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العرض بطل الرجوع) لأن العرض لا يسقط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح

من أن يكون الموهوب داراً والعرض بيتاً منها أو الموهوب ألفاً والعرض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأننا لم يبقين أن قصد الواهب من حبه لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لغيره فإنه قال التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذلك هذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العرض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فإن قيل حل في قوله متبرعاً فإنه أود كره اتفاقاً أوجب بأنه من اثبات الحكم بطريق الأولى وذلك لأن الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لأن الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به بظاهر أقصاركه وتعويزه بنفسه

في التوجيه (قوله فإن وهب لا آخر أرضاً بيضاء فأثبت في ناحية منها مختلاً) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفضل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدرى بد كرملة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يترك بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشيء لأن المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمة والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تقف (قوله فإن باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك إذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه التصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً أما إذا كان بغير أمره فظاهر وأما إذا كان بأمره فلا بد من التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمراً بذلك أمراً بالتبرع بحال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن

(قوله هذا النوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العرض) أقول معطوف على قوله أن يساوي الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد واتعاقيده به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العرض (قوله لا نألف بيقين أن قصد الواهب من حبه لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا يقين أخذه الواهب عوضاً عن حبه (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العرض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الآن برده ما بقي
 ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل الآخر كافي
 بيع العرض بالعرض فإنه اذا استحق بعض أحدهما ما يكون المستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن
 يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل
 من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق فإنه يظهر أنه لا عوض من
 الابتداء الا هو وعرض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فإذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل
 كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس
 له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزم من العوض عما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع
 البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض تلك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانتقاس وأما
 الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض عليه لتسقط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الآن أنه)
 أي الآن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسلمه ولم يرجع بنسبة (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع
 الا يسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف
 الذي لم يعوض لان المانع
 خص النصف) غاية ما في
 الباب أنه لزم من ذلك
 الشيوع لكنه طارئ فلا
 يضر كالموثر رجع في النصف
 بالعوض فان قيل قد
 تقدم أن العوض لا يسقط
 الحق فوجب أن يعمل في
 الكل لئلا يلزم تجزؤ
 الاستقاط كافي الطلاق
 أجيب بأنه ليس باستقاط
 من كل وجه لما تقدم أن
 فيه معنى المقابلة فيجوز
 التجزؤ باعتبار اختلاف
 الطلاق قال (ولا يصح

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف
 العوض لم يرجع في الهبة الآن برده ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر
 ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء والاستحقاق يظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لأنه ما أسقط
 حقه في الرجوع الا يسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد (وان وهب دارا فعوضه من نصفها
 رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما
 أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كالموقع في عامة المعتمدين اذ الحكم
 فيما اذا باع نصفه فلهما مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما
 عداه كما مر جوابه وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فإنه
 لما منح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفه ما غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها
 مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لتظهير هذا في قوله وان عوضه أجني عن الموهوب
 له متبرعا فبصر (قوله وقال زفر رجع الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
 وقال زفر رجع الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع الا بتراضيهما (الخ) لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا والقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي
 واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانما الماضى لكونها
 تبرعاً لم ينضم اليها القرض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد
 أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد قتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد
 الوجهين لا يستلزم وجه الاملاحة الا آخر ووقع في نسخة مقروعة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن
 الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق فإنه يظهر الخ (قوله فلم
 يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعاً لم ينضم
 حكمها لم ينضم اليها القبض) أقول مقبوض بمن يبيع الباقياء والجوز واللوز في قسمة فانه لا يجوز وعند الشافعي مع أنه يفيد حكمه
 عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف ينفي الحكم المتقدم على ما يتحقق
 بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أوالتابعين بل هو أولى لثلاث مخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز
 الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الإهداء بالمدخل وأما هو الوهي وهو خطأ لأن المد المقصود راسماً أي ليس بخطأ وتخطئة مالم يس بخطأ أو تخطئة مالم يس بخطأ
سخطاً (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها أن كان الشواب فقد حصل وإن كان العوض لم يحصل (قوله إذا تردد) لا بد
من الفصل بأرضنا أو انقضاء حتى (كانت الهبة عيوداً فاعتقه قبل القضاء فخذ ولو منعه فهل) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا عرث
في يده بعد ذلك أول القبض غير مضمون وهذا دام على ذلك إلا أن يمنع بعد الطلب لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان ضحفاً
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد اليه بتراضيه مما أشبه الرد بالعيب فإنه إذا كان
بالقضاء كان ضحفاً وإذا كان بالرضاء فهو كبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد
أبداً أي ما بعدهما رضاءاً سبباً على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل (حتى

وفي أصله وهاء) وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت
الهبة عيوداً فاعتقه قبل القضاء فخذ ولو منعه فهل يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا دخل في يده بعد
القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دام عليه إلا أن يمنع بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء
أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العدة وقوع
جائزاً مرجحاً حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً حقا بابتاله فيظهر على الإطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف اتما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير
المصنف منصوص عليه في الكافي والكناية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع
بملكه وقال تاج الشريعة لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلال لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور رأى
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع
بطلانه في صرر بتحقيق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس أدلوا كان علة البطلان ذلك لزم أن
يبطل في جميع الصور لعدم انشكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لكونه ثابتاً بخلاف القياس واعتراض
بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تقاضيه بكل ما ثبت بالنص
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لأنه أن أراد بانه تقاضيه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس
أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً المحدث وفي ذلك إذا الظاهر أن كل
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بغير النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وإن

لا يشترط قبض الواهب
ويصح في الشائع) كذا
رهب الدار ثم رجع في
نفسه هاول كان الرجوع
بغير القضاء عيباً مبتدأ
صح فيما يمتثل القسمة
كافي الآية فصحته
دليل على بقاء العقد في
النصف الآخر والشيوع
طارى لا أثر له فيما (قوله
لاب العقد) هو الدليل
على المطلوب وتقريره
أن هذا العقد جائز الفسخ
لما تقدم من ثبوت حق
الرجوع وما هو جائز
الفسخ يقتضى جواز استيفاء
حق ثابت له ولا فسخ في
ذلك بين الرضا والقضاء
لأنهما إعلان بالتراضي
ما يفعله القاضى وهو
الفسخ فيظهر على
الإطلاق ليشمل التراضي

والقضاء

أراد

(قوله لا تثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا تقاضيه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الإهداء بالمد
خطأ وأما هو الوهي وهو خطأ لأن المد المقصود راسماً أي ليس بخطأ وتخطئة مالم يس بخطأ أو تخطئة مالم يس بخطأ
لأن الوهي على وزن الرمي يسكون الهاء ومد منه خطاً لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد لا راجحة (قوله فإذا تردد لا بد من
الفصل الحق) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الحق تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهل قبله إلى قوله بعده) أقول يعني هل قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على
سبب موجب للملك) أقول جواباً بأداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في الفسخ) أقول فيه بحث
(قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله له راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (قوله لأنهما يفعلا بالتراضي ما يفعله القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع إلى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا تنقاض به ثم إن الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمدخلاً وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهاء إذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ اه ولا يذهب على ذي فطنة أن الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرعي ومن الذين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الحبل يهي وهاء حيث قال وعيا ولو كان مقصوراً لقال وهاء كما لا يخفى وقد تفتن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فن أين يتأني المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمدخلاً لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فإن فحّت القاف مددت تقول قلاء يقلبه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدراً إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فجيء القلاء مصدر من قلى يلقى كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدراً من وهي يهي فإن الأول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمدخلاً بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه في قوله الوهاء بالمدخلاً ينافي تصويبه إياه في قوله وانما هو الوهي لأن في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء فكأن الوهاء أيضاً مصدر آمنه ينافي ذلك قطعاً ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا بمن له ولاية عامة وهو القاضي أو من مالها يتما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا أنه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بدأ به البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ذلك البيع ولزمته قيمته ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذلك بعده إن كان الفاسد في صلب العقد وإن له الشرط أن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير لازمة لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فإن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذا الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا الواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سألني وفرقوا بينهم ما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد)
جواب عن قياس زفر
وتقريره أن الرد بالعيب
بعد القبض انما كان في
صورة القضاء خاصة لأن
الحق هناك في وصف
السلامة حتى لو زال العيب
قبل رد المبيع بطل الرد
السلامة حقه له

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا اترضا بيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقضى أو لا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما نبت بالتراضي عين ما نبت بالقضاء فافترا وأما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا فائدة هذا أنه لو رهب لانسان قوهب الموهوب له لا يخرج رجوع الثاني في هتته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لفر في غيره واذا ارد المبيع بعيب على البائع قبل القبض للبائع أن يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨)

لا في الفسخ فافترا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في الغرضين وتبطل بالشموع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض صاحب العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتم اذ قال زفر والشافعي رجحاهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولما اشتهل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا في الفسخ فافترا قال صاحب العناية في تعليل قوله لافي الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فسه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل بالفتنة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لافي ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يستم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه السلام والسلام الواهب أحق بهتته ما لم يثب منها ولقوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما صرف لم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولما اشتهل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولما اشتهل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتهل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

احتمراز عن المودع فانه يرجع على المودع بمقتضى ما نبت لانه عامل للمودع في ذلك القبض يحفظها لاجله فان قبل غره بما يجابه الملك له في التحمل واخباره بانه ملكه والغرور رور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجح على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لأن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشموع فان تقابض صاحب العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتم اذ قال زفر وهو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولما اشتهل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتهل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما أمكن الجمع بينهما لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع كافي البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة

وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لاحالة فعملناهما معا واعتبرنا بتسداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورية ووصية معنى فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بعنائه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة (ومن وهب جارية الاجلها الخ) اعلم أن استثناء الجمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطل فيه جميعاً وقسم منها ما يصح فيه جميعاً فالاول ما نحن فيه من الهبة (١٣٩) ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالاً لنفسه
فصل قال (ومن وهب جارية الاجلها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الاجلها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفاً والعقد لا يرد على الاوصاف مقصوداً حتى لو وهب الجمل لا يخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لان اسم الجارية يتناول الجمل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى الجمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان المالك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية وهذا زبد في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في المفووظ والجمل جزء من أجزائه فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بلفوظ اهـ (أقول) فيه بحث اذ توضح هذا الدليل دل على بطلان استثناء الجمل في الوصية أيضاً لانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً على ما مر حوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية

في الضرر فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللبن في الضرر وحلبه وقبض المو هو باله فانه جائز استحساناً دون الجمل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجتمع في ذلك نائباً عن الواهب بخلاف الجزار في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

فصل ومن وهب جارية (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الآن بقا المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الإشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) اشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيما ولو اعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الخمين على ملك الواهب (نحو وجهه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة) فأشبه الاستثناء في امكان تجوز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجوز لان الجواز في الاستثناء كان باطلا وجعل الحمل موهوبا (وهي هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنهما فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجواز وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكامل بالباقي بعد الثبوت فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانها لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيها كان التدبير في هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاعا اذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه منه اه وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناول اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملقوط قلنا يكفي لصحة التزني زينة كافي استثناء ابليس على ان صحته لا تقتصر الى تناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فبدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم والبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزر الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفي الحمل لا يجوز وأجب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب بخلاف الجراز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى الميسر (أقول) في كل من وجهي الجواب المذكور نظر أما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وإيصاؤه وقد صح كل منهما على ما نصوا عليه في مواضعه وبدل على صحة الاولين أيضا المسئلان الآخران ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز وأما في وجهه الثاني فلا أن كون اخراج الولد ليس اليه ادعاء يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا ادعاء له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السرفي ان قال بعض أصحابنا ان أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة بقبض يجوز استحسانا كافي الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور وقال ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلا لان ما في البطن ليس بمال الخ ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالماعما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقر في باب البيع والفاسد في كتاب البيوع في الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحثية حتى يصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وذلك لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من حيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير في هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب انها هبة مشاع لكنهما فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية أخذا من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلا بد لوجوه الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المرفز المقسوم لافي حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلا بد لانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك

ومسألة التدبير كذلك كما مر فكان تمام تشابه بين الاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسألة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم

(فان ردعها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها م ولدا أو وعب دارا أو تصدق (١ ع ١) عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعرضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم استكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعرضه شيئا منها لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقيد كرها وانما بطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فمقتضاهما الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد وأصل ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمرى رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فإنه يبطل بالشرط الفاسد لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها يرى أو قال اذا أدبت الى النصف فلك نصفه أو أنت ترى من النصف الباقي فهو باطل لان الإبراء تملك من وجهه ومن هذا الوجه كان اسقاطا

والهبة كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك واخروج عنه بل على عدم اضرار التبعض واضرارها كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كافي هبة الجوائق الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة وهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوائق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة كحل وجود اختلاط الملك في صورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيه الثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل توقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوائق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) قبحه كأكثة ظاهرة لان الجواب المزبوران كان مقبولا عنه فاستشعار السؤال المسطور لا يقتضي لرداف الوجه الاول شيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خله وولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعرضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق ألف والنشر والالا يصح أعني ان قوله على أن يرد عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دار أو قوله أو يعرضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعرضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما هو وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لافي الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعرضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعرضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وفيه ما قلناه من صاحب معراج الدراية كما عودأ به في أكثر المواضع (أقول) في نحر برهما قصور انه لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعرضه شيئا منها سيما بعد قوله على

عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تملك من وجهه اسقاطا من وجهه

أن يرد عليه شيئا منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى
الآخر عما لا يساعده التفتت البتة بعد وخوان يرجع ضمير منها في قوله أو يعرضه شيئا منها إلى
ما هو غير مذكور ههنا أصلا كلفظ الاعراض فيصير المعنى أو يعرضه شيئا من الاعراض لا من الدار
فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا ان أراد بقوله أو يعرضه شيئا منها أن يرد بعض
الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار عما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم ان
هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه
قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن
يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يعرضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عابه ولا يعرضه
شيئا منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز
ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن ينبغي لزوم
التكرار وسند كرماء يتعلق به وكأن الامام الزيلعي تنبه لسماعة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة
اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكثر أسلوب تحريرهما فقال وقوله
أو يعرضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشروط جائزتان فلا يستقيم
قوله بطل الشرط وان اراد به أن يعرضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله
على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع
الصغير لترك التردد أيضا بل قصر على الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق كما ثبت عليه آفة
ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الاول أصلا بل
ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد
عليه شيئا منها ويعرضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها
انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يخص به الآية يشمل
ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاء الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه
مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله أو يعرضه شيئا منها فلم يكن في
ذكر الثاني فائدة وهذا امر ادمي لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعرضه شيئا منها متصرفا أيضا
إلى الهبة دون التصديق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين
على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الزاوية في هذا المقام
رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعرضه شيئا منها يرجع إلى التصديق فانه اذا تصديق بشرط العوض
بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعرض شيئا
فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معا وما فعل أن قوله أو يعرضه يرجع إلى الهبة
والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع
هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد بن جرير الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعرضه ثلثها أو
ربعها ولا ينبغي أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما
الأن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غير واعبارا بالجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعرضه
شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض
العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب

والتعليق بالشرط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها الى ما فيه تعليق فان قيل قولهم عدة الدين من عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا اراد المدون منه أو وعبه له توقف على قبوله أحب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انقضاء العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأعداها فدين لا يتقرر بنفسه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا ان يرتد بالرد) يفيد (١٤٣) باطلاقة أن عمل الرد في المجلس وغيره

سواء وهو المروى عن السلف

وقال بعضهم يجب أن يرد

في مجلس الإبراء والهبة

وقوله بالاستقاطات المحضة

التي يحلف بها (هذا إشارة الى

أن من الاستقاطات المحضة

ما لا يحلف بها أي لا يقبل

التعاقب بالشرط كالخبر على

المدون وعزل الوكيل والإبراء

عن الدين منها ومنها ما يحلف

بها (كالطلاق والعناق)

وغيرهما (والعمري) وهو أن

يجعل داره اشخص عمره

فاذا مات ترد عليه (جائزة

لعمري في حال حياته ولورثته من

بعده لما روي) أنه صلى الله عليه

وسلم أجاز العمري (والشرط)

وهو قوله فاذا مات ترد عليه

(باطل لما روي) أنه عليه

الصلاة والسلام أبطل شرط

المعسر وبطلانه لا يؤثر في

بطلان العقد لما بينا أن

الهبة لا تبطل بالشرط

الفساد فيكون قوله داري

للكهبة (والرقبي) وهو أن

يقول الرجل لغيره داري

للكرقبي (باطلة عند أبي

حنيفة ومحمد) لا تنفذ ملك

الرقبة وانما يكون عارية

عنده يجوز للعمري أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها (والعمري جائزة لعمري له حال حياته ولورثته من بعده) لما رويناه ومعناه أن يجعل داره عمره واذا مات ترد عليه فيصح التعليق ويبطل الشرط لما رويناه وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسدة (والرقبي باطل عند أبي حنيفة ومحمد) وهما الله وقال أبو يوسف (جائزة) لان قوله داري لك تعليق وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وورد الرقبتي

بشرط أن يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بأنه اذا وهب دار أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه شيئا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم فصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا ولا واهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناثق من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالفهم مما ذكره صدر الشريعة وما ذكره في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بل اريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتمدين هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا امر مقرر لا غنى عنه ذكره ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكره في بعض الحواشي فلا يرد عليهم ما اتوهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه لا يساعد اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فإتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن التوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا إشارة الى أن من الاستقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر أن الإبراء تعليق من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاستقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تعليق وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد لانه تعليق بالخبر ان كان الرقبتي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبتي عند كون الرقبتي مأخوذا من الرقبة رقبته داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبتي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبته داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه وبيعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد) لانه تعليق بالخبر ان كان الرقبتي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري (ولهما) ما روى الشعبي عن شرح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وورد الرقبتي ولان معنى الرقبتي عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب سونة وهذا تعليق بالخبر فيكون باطلا)

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عندهم يجوز للعمري أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري

(122)

1000

کتابخانه

ترانہ

لما فرغ من بيان أحكام تعليق الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تعليق المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جعها اشارة الى انهم احيققة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار الخرفين للاعمال نحو القسارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يتقدر على دار (١٤٥) يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل

تحمّل أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما هو غير حرمة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيه أو ما شرطها فعملومية البدلين وأما كونها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالتصاف الموضوعية لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ثم نفسير العمري أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا تمت فهي رد على فصيح الهبة لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التعليق ونفسير الجبيل أن يقول هي جيبس عندي فان تمت فهي لك ونفسير الرقي أن يقول هذه الدار لاخرنا موتنا وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان تمت فهي لك وإن تمت فهي لي فهي باطلة لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام تعليق الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تعليق المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انما ياتى بها لان من لازم من فذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جعها اشارة الى أنهم احيققة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار الخرفين للاعمال نحو القسارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من انظر الافراد لم تحصل فائدة في جميعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون حقيقة فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أن ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كالا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ يجزى رد تحقيق النوعين لها الا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي أن يقال انما جعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وعذة الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سأتقى تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تعليق المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح

كتاب الاجارات

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجزى الهبة من الاجارة مجزى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات افراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

(١٩ - نكته سابع)

ولو قال تعليق المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح فإنه ليس بتعليق وانما هو استنباط المنافع بعوض كما صرح به الزبلي بخلاف تقرير الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تعليق بقدرينة الشهرة فليتأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزبلي من قوله النكاح ليس بتعليق بل هو اباحة مخالف للسابق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب الملك المنفعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيّد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح اشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوخ الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتنامل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعاً لاستباحة محضه والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسر والنكاح في الشرع في عامة الشروع بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقدة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاع وجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكفر من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجبعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفقه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصد ائحاف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فاعيا بلفظه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والتجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة يخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب ملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فأتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل الاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا ينعقد الا مؤقتة فيبينها منافاة فأني تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنها عقد على المنافع بعوض أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل توقف وقال في غايه البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطل اه (أقول) وهذا أيضاً ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيقتل قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قبل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قات قدسيت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدراً فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطري بالي حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قدسيت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قبل
اللقوى لان اللقوى هو
الشرعي بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها فالشرعي
أولى بالتقديم ولما كانت
عبارة عن تمليك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع) أقول
فيه بحث أما أولاً فلانه لا بد
من ضمنية لهذا التعليل
حتى يستتم كأن يقال ولم
يثبت نقوله في الشرع الى
معنى آخر وأما ثانياً
فلا أنه مخالف لما في كتب
اللغة كالمغرب وغيره أنها
اسم للاجرة (قوله لان
اللقوى هو الشرعي بلا
مخالفة) أقول فيه بحث
(قوله فالشرعي أولى
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال

بقتض القياس جوازها الا

انما حوزت على خلاف

القياس بالاثرة لحاجة الناس

فكان استحداثا بالاثرة ومن

الا نأرا الدالة على صحتها

ما ذكره في الكتاب وهو قوله

صلى الله عليه وسلم أعطوا

الاجير أجره قبل أن يحلف

عرقه فان الامر باعطاء الاجر

دليل على صحة العقد وقوله

عليه الصلاة والسلام من

استأجر أجيرا فليعلم أجره وقبه

زيادة بيان أن معلومية الاجر

شرط جوازها (وتنعقد الاجارة

ساعة فساعة على حسب

حدوث المنافع) لانها على

المعقود عليه فالملك في البدان

أيضا يقع ساعة فساعة لان

المعاوضة تقتضي التساوي

والملك في المنفعة بقع ساعة

فساعة على حسب حدوثها

فكذا في بدلها وهو الاجرة

فان قيل اذا كان كذلك وجب

أن يصح رجوع المستأجر في

الساعة الثانية قبل أن ينعقد

العقد فيها واذا استأجر شهرا

متلايس له أن يمتنع بالاعذر

قال المصنف (والقياس بأبي

جوازها) أقول ذكر الضمير

الراجع الى الاجارة باعتبار أنها

عقدية قال المصنف (وقد

شهدت بصحتها الا نأرا وهو

الح) أقول هو راجع الى

الاثرة والا نأرا والتذكير

باعتبار الخبر قال المصنف

(وتنعقد ساعة فساعة على

حسب حدوث المنفعة

والقياس بأبي جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وإضافة التعليل الى ما سيجد لا يفتح الا
انما جوازها لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الا نأرا وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
اجره قبل أن يحلف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلم أجره وتنعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول
كتب يكتب كتابة بعد قوله ودوجع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا
أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب
ان مصدرا الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا
مصدرا من أجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما
سمع من أهل اللغة لاق الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من أجره اذا أعطاه
أجره كجبيء الاجر مصدرا منه لم يستقيم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع
المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان
صاحب العناية قال هما بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان
شرعيته فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء
على انه في بيان شرعيته بالوتم لا يقتضي تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع
سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على
تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي
فيهما ان المصنف سلك المسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن
طوى الصغرى فكانت له قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع
ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما شتر من تقديم المدعى على الدليل
تدبر فانه وجه حسن (قوله الا نأجوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الا نأرا) قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل الا نأجوزت على خلاف القياس بالاثرة لحاجة الناس فكان
استحداثا بالاثرة اه (أقول) في تقريره قصورا اذ المتبادر من قوله الا نأجوزت على خلاف القياس
بالاثرة ومن قوله فكان استحداثا بالاثرة ان ينحصر دليل شرعيته في الاثر والالم تكن فائدة في ذكر
قيس الاثر في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان
أرض عن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكايمة عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدي
ابنتي هاتين على أن تأجرني غناني حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في السكا في وغيره بخلاف
تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
أجره قبل أن يحلف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحتها (أقول) لقائل أن
يقول سيأتي في باب الاجرة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي ما مور باعطائه
من قبل الشرع فلا يمكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في
الحديث المسد كور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفسد كون
المسرد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى
للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) الزاما للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يمتدان معاً حال وجود المنفعة بخلاف بيع العيين فان الملك في البيع يثبت في الحال وينأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وبارز أن ينقل حكم العقد عند كفاي البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون (١٤٨) المنافع معلومة والاجرة معلومة لساوياً من قوله صلى الله عليه وسلم من

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد اليه ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً لوجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لا روي ولا نال الجهة التي في المعقود عليه وبذلك تنقضي الى المسازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن البيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول (قال بعض الفضلاء لا بد ان تأمل في هذا المقام وان انعقاد هوارتباط القبول بالإيجاب فاذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد لأي معنى لان انعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونذاها في المحل ساعة فساعة لارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوجب ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كفاي البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منه امضافين الى محل المنفعة وهو الدار صرحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعله ما ولا فعل يصدر منه ما سوى ترتب القبول على الإيجاب ثم لان انعقاد حكم الشرع يثبت وصف الكلام به مما شرعوا والملة الشرعية مغايرة لعمل العقلية فانه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميه ما ولا انعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العمل العقلية فان الانكسار لا يصح انفسكا كه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أولم يمنع به وكلامهما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يرجع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينقضي العقد فصار اذا استأجر شهر امثلا ليس له أن يتمتع بساعة بعد أجب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله مجرى داقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك لان انعقاد مجرى ذلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم ورد السؤال المقدار المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما يخفى فالاظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

استأجر أجيرا فليعلم أجره فانه كإيدل بعبارته على كون معلومة الاجرة شرطاً لا بد لانه على اشتراط معلومة المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والعقد ودبه وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومة التبع شرطاً كان معلومة الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة في المعقود عليه وبذلك تنقضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمننا في البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول لا بد أن تأمل في هذا المقام فان انعقاد هوارتباط القبول بالإيجاب فاذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد لأي معنى لان انعقاد ساعة فساعة بعد

المذكور

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول

قال في المحيطة البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمننا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمننا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا بالمنفعة فانما يصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمننا انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

وليس كل ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح
أجره لأن بعض ما لا يصلح
ثمنًا كالأعيان التي هي ليست
من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلاً اذا كانت معينة
صلح أن يكون أجره كما اذا
استأجر داراً بثوب معين وان
كان لا يصلح ثمنًا وفيه نظر فإن
المقايضة بيع وليس فيها
الالعين من الجانبين فلو لم
تصلح العين ثمنًا كانت بيعاً
بلائن وعو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر
على المثال ليس من دأب
المناظرين فاذا كان الاصل
صحيحاً جازاً أن يمثل بتمثال آخر
فلنمثل بالمنفعة فانها تصلح
أجره اذا اختلف جنس المنافع
كما اذا استأجر سكنى دار
بركوب دابة ولا تصلح ثمنًا أصلاً

(قوله كالحيوان والثياب
مثلاً) أقول قال في المحيط
البرهاني في الفصل الاول
من الاجارات واذا كانت
الاجرة عروضا أو ثياباً
يشترط فيه جميع شرائط
السلم وفي هذا كله اذا كانت
الاجرة عيناً فاعلامه بالاشارة
واذا كانت الاجرة حيواناً
لا يجوز الا اذا كانت عيناً
انتهى (قوله أو ثياباً) يعني
بالثياب ما ليس له مثل كما
علم من تقرير الشارح

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المدومة على أصل
أعنتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لا بد له
من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل
العقد شناعي المنافع وعنى مدومة ولا يصلح المدوم محلاً للعقد فجعلت الدار محلاً للعقد باقاً مقامها مقام
المنافع التي ستوجد لأن الدار محل المنافع تصحها للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول
أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهت فتدبر
(قوله وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضًا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلاً فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما اذا استأجر داراً بثوب معين وان كان لا يصلح
ثمنًا ما تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من
ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر
فإن المقايضة بيع وليس فيها الالعين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنًا كانت بيعاً بلائن وهو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحاً جازاً أن يمثل بتمثال آخر
فلنمثل بالمنفعة فانها تصلح أجره اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح
ثمنًا أصلاً الى هنا كلامه (أقول) لا للنظر شئ ولا للجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا
ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيراً من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض
مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما ثبت في الذمة ولقد أفصح عنه
صاحب العناية نفسه أيضاً فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص
بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون ثمنًا
بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعاً بلائن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور
نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بتمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين
أعنى الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً انتهى
حيث جعل الدين مقايلاً للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة
مالاتن فيه أصلاً نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضاً عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك
المعنى بيم الدين والدين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعاً بلائن بذلك المعنى
ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضًا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور
عليه جداً وأما الجواب فلا نه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف
وحاشاله * ثم أقول بقي ههنا شئ وهو ان لقائل أن يقول لاشك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح
ثمنًا يصلح أجره أيضًا هو ما يجب في الذمة وان تمثله ما لا يصلح ثمنًا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد
الا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القيد وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جازاً أن يكون أجره
على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كالمحل الزبلي الثمن الواقع في قول صاحب
الكنز وما صح ثمنًا صح أجره على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القيد وري
بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بئس المبيع يتحمل التعميم لصورت في الدين والعين كما ترى ويمكن أن
يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ
القيد وري غير موقوف على المقام على تقدير محل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضاً فان ما لا يجوز أن

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمن في البيع الخ (لا يثنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيضم وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة (١٥٠) معلومة وكائنه ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فهذا اللفظ لا يثنى صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الآن في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمن في البيع على المعنى العام العين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانه لا تصلح ثمن في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تيمم الهاتمك المسئلة وما لا يصلح ثمن يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره بين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في ثمن مال لا يصلح ثمن ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أي لان الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعده وجود المال والاعيان ما لم يفتضح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها من المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو المبيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية ببناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو تصلح العين ثمن كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ان اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس به حجة اذا لازم من الجواب المذكور خلو المبيع عن الثمن بمعنى ما يجب

فيها معلومة فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذالم يعين أفصى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد غس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلمهم مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فبطلت بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التعيين في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معني والتأبيد يبطلها ويحوزها آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت ولا يعتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

غالب ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالب وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعي المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يوزع أكثر من سنة وأما اذا اشترط فليس للتولي أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو المبيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معاومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل
عليها مقدارا معلوما أو ركبها مسافة معهما) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة
والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معاومة فيصح العقد وربما يقال الأجارة قد تكون
عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجرة المشتركة وقد
تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معاومة
بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله
والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معاومة فيصح العقد

في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا يخلو عن الثمن بمعنى العوض المقابل للبيع في تلك الصورة والمحدود
خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معاومة بنفسه) أي بنفس
عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامة منهم نسخة أخرى وأما صاحب غايه البيان فقال بعد
ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معاومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة
لان المنافع لا تصير معاومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معاومة بتسمية أمور كبيان
الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار
رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركب
على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة
والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معاومة فيصح العقد فكما ان المنافع لا تصير معاومة
في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معاومة في النوع السابق ببيان المدة
وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معاومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير
معاومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة لبيان كما أشار الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن
انسية صيرورة المنافع معاومة في هذا النوع الى نفس العقد ووجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه
مذكورة في شيء من الكتب المتبعة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح واما المذكور في سائر
الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وأبو ذر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المعون
(قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم
نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى
العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل
عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا
على منفعة الاعيان لكنه غير مفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقاً على المصنف أن يؤخر
بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من
التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تتبعه استباحة
هذا التعمير حيث آخر بيان هذا التقسيم المتشعب عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض
صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الواحد أيضاً
عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الاعمال
كما ذكرناه آنفاً فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها
كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن اجارة أجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا
يستحق أجير الواحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معاومة بنفسه)
أي بنفس عقد الاجارة كما
إذا استأجر رجلا على صبغ
ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره أو استأجر
خياطاً على خياطة ثوبه
وبين الثوب وجنس
الخياطة أو استأجر دابة
لحمل أو الركب وبين
جنس المحمول وقدره
والمسافة وتارة تصير
معاومة بالتعيين والاشارة
كما ذكر في الكتاب

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد الدالة بقدر ليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمد اذا كثر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاءه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وارادة الاخص ليس (١٥٣) بيجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

باب الاجرم متى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التحجيل أو بالتججيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعها لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كما في باب ضمان الاجير وجعل صاحب الحقة ذلك أحد نوى الاستئجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود خلفاء ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

باب الاجرم متى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن صحة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتياجا الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه وافتى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخاقتة اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة لا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يخرج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف المالك عن العقد يوجب في غيرها أيضا كالهبة فان المالك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما خرو كل وصية فان المالك هناك أيضا متأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء ما بنفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد بنفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجنالا وتفصيلا

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيه وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك بدل على هذا كله

باب الاجرم متى يستحق

(قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتججيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عمل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاءها الا بعد استيفاء المنفعة اذ لا يشترط التججيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو ديناً

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد اما واذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التججيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بيجاز شائع) أقول الشيوع لا يها (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفاتيح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التججيل يوجب المالك بلا وجوب

أما جلا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس
الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما نصيبه لافلانه معاوضة فمعتبر بالمساواة ولم توجد في جانب
المعقود عليه لأنفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها وأداؤها مجرد العقد كذا وجدت بخط شيخنا وذكر في الذخيرة
ما يؤيد هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفائها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التججيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو ديناه كذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب
التحريم وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت ديناه تملك بنفس
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعمامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحريم وقال
بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أول ما ذكره في الجامع والتحريم قوله آخر الى هنا لفظ النهاية
(أقول) تأييد ما ذكره في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفائها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التججيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها مجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك مجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء مجرد العقد عدم تملكها بمجرد ذلك لأن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا
خيار ولا يجب تسليمها وأداؤها في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم
يفهم منه ذلك لم يشذ ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها مجرد العقد ليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التملك كما لم يبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال
معناه لا تملك لان محمد اذ ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاءه وقال فان قلت فاذا
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بجواز شائع لعدم دلالة
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما ثبتت في الذمة
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما
الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بجواز شائع اذ لم تتحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرب فاتهم التي يجب فيها التحريم عارضا بغير خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وعلى قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما ثبتت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا
أو ديناه مما يملك واذا كان ما ثبتت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في
الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التججيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي ثلث بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة
تصح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولم تجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت
المالك بالعقد ولو جردا مقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا
يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب ان الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

وقال الشافعي ثلث بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت
الحكم فيما يقابله من البديل ولنا ان العقد ينفع قد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد معاوضة ومن قضيت المساواة فن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الا ان
واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقيق التسوية

(قوله وقال الشافعي ثلث بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولم تجعل
موجودة كان دينابدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لو جردا مقتضى
وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لو جرد
المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا لا يراد ساقط
لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا
يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للانع عنه لان الشرع انما يجعله موجودا لاجل أن يترتب عليه
ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجوده حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى وجعل الشرع اياه موجودا وهذا
خلف وعن هذا قالوا ولا يشرع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حية
فيها كالحى حكم في حق الارث والعنق والوصية على ما ذكر في الكافي وعمامة الشرح نعم يرد على استدلال
الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أسير اليه في عامة المعربات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع
انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحيح العقد بطريق
آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة
الايجاب والقبول ثم انتفاء العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام
السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة الباطل مقام كمال العقل وهم جرام
النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد
الى افادة الملك فالجواب ان الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد
انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو
ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالمبيع بشرط الخيار فان الملك فيه
يتراخي الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من
لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعا ان الاجرة ثلث في الحال والجواب المزبور
انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التعريب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث
قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود
حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلا نسلم كون افادة

العقد ولنا ان العقد
ينعقد شيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا
والعقد أى عقد الاجارة
معاوضة بلا خلاف ومن
قضية عقد المعاوضة
المساواة فن ضرورة التراخي
في جانب المنفعة التراخي في
البديل وهو الاجر تحقيقا
للمساواة واذا استوفى المنفعة
يثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي ثلث
بنفس العقد والالم يكن
محل الخلاف متحدا) أقول
ولك أن تقول ارتكاب
المجاز في موضع واحد
أعمون من ارتكابه في
ثلاثة مواضع ويحصل
اتحاد محل الخلاف أيضا
فان المراد بنفس العقد
العقد الخالى عن المعاني
الثلاثة وبتسليم العين
المستأجرة الى المستأجر
يجب تسليم الاجرة للأجير
عند الشافعي فليتامل وفي
شرح الحاوى للفتوى اعلم
أن الاجرة اذا كانت في
الذمة فهي كالثلث في الذمة
في أنهما ان شرط فيها التأجيل
والتجسيم كانت مؤجلة أو

منجزة وان شرط فيها التعجيل
بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجهل بشرط التعجيل فيتعجيل عند الاطلاق كالثلث
انتهى (قوله لو جردا مقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود
عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل بالاشترط لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاو لمسلم وليس جوازاً شرط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتها ن عن الكفالة بهما صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صححت وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوبه على فلان وصحة الرهن لان موجبته ثبوت يداستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتججيل أو واشترطه فكذلك الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجوداً كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك

(قوله فان تججيل البدل واشترطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

التججيل قبل ثبوت الملك في البدل الآخر يفوت المساواة اسم مطلق شرط التججيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما في البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الإبراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة لا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفسد الملك في الحال كما هو وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولاً كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكماً أيضاً فالوجه الوجبة في التردد وفي المنع والتسامح ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاو لمسلم وليس جوازاً شرط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولاً فلان حثية كونه اجارة هي حثية كونه معاوضة مخصوصة بما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحثيتين يخالف مقتضاه من الحثية الاخرى فامعنى قوله والاو لمسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحثية كونه معاوضة حثية كونه معاوضة مأمع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحثيتين قلنا فيلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الآن يراد بالقبول معنى يع عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه يخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمال المدعى فلما تأمل (قوله ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول كالأبراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكارى دابة مسماة بتغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز ذكر شيخ الاسلام ليس نفسه أنه أن يواجر ابلا بتغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الجولة وقد قال المستأجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه الجولة يكون المعقود عليه في الذمة ويبقى بالجواز لا يعرف انتهى وسبب من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجع الا أنه ذكر في الخواشي الجلاية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينفقد في حق المنفعة فلم تصم المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدله أيضاً وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما اشتراطا التجهيل في عقد الاجارة من حيث أنه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما لا يفسد فلان قوله فان تجهيل البديل واشتراطه لا يفسد منه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة بشرط تجهيل الاجرة قبيل ثبوت المالك في المعقود عليه نفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يفسد منه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه يسقط للمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المتأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وغوررض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتضاء عنهما والكتابة اليهم الصحيحة بالاتفاق ولو لا المالك لما صححت وأوجب بأن صحة الإبراء على قول أي حنفية وأي يوسف ممنوعة وجوزة بمجرد لان العقد يسبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكتابة لعمادون له على فلان وصحة الرهن لان موجبته ثبوت يدا الاستيفاء واستيفاء الاجر قبيل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الآن التعليق المذكور لتجويز محمد رحمه الله الإبراء عن الاجرة ليس بسد بدله كما تحقق ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجر أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة في ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليق لا يمتشي أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيا من خلاف جنس المعقود عليه فإنه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعبرات مع أن كلامنا من البديل معدوم هناك قطعاً لا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بالاجماع علما وان أراد غير فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ابراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكره قول محمد في جواز الإبراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الإبراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه ولا صحة الا بالمالك فيثبت المالك بمقتضى التصرف بتحصيله كافي قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال أعتقت ولان الإبراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لاقى حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبننا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار منعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفسد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا يفسد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البهائي وأما ما ذكره ذلك المورد في علل

(أقوله وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا وبديل أحد الأقسام لا يكون قسما بذاته فإذا قبض المستأجر بأجرة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر لأن الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لأنه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هنالك مانع منه أو من الغير أو من أجني سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته ووقت قصير منه فلا يمنع وجوب الأجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زال التمكن فلا يجب الأجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقنا تسليم محل مقامه إذا التمكن من الانتفاع بثبوت به

من حديث المخافة لما سبق في كتاب الأقرار فليس يتام أيضا إذا لمخالفة بين المقامين أصدا كما يظهر بالتأمل الصادق ثم أقول لو ترك صاحب البذائع قبض المنفعة عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب هو ما موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما عني الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفى بأن يقال أن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الخرج كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار من الأهر بوطأ أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فإن الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفه شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكهما عن مصلواتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا أن عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أن قال الكن الأسلمي في توجيه قول محمد ههنا بالطريقة الأخرى تأمل ترشد (أقوله وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجني أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الأجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

(أقوله فإذا قبض إلى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الأجر حتى أن من استأجر دابة يوما لا يجلس الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فإن استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الأجر لتكتمه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الأجر لتكتمه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر انتهى (أقوله ولم يستوفها ويجب الأجر) أقول ولم يستوفها واجب بالطريق الأولى (أقوله مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب إليها الخ

لم يكن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر بعد ادخا حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة أو سلمها
فأرسله فيها في مكانه لكن لم يخرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة في مكانه صحيحة لأعد ذرفها لكن منعه السلطان أو غصبه
غاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلا لكن الأجرة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس واجب ما لم يستوف المنفعة لأن النقص
مستند لم يكن من جهته بل لفراغ التمكن من الانتفاع فإن قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فواجهه قلت وجهه
أنه قصد الاختصار اعتمادا على دلالة (١٥٨) الحال والعرف فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد

منه يمنع عن الأقدام على
الانتفاع وعلى أن العاقد
يجب عليه تسليم ما عقد
عليه فأرغمنا عن منع عن
الانتفاع به والسرف فاش
في تسليم العقود عليه في
مدة العقد ومكانه فكان
معامل ما عاده وعلى أن
الأكراه والغصب مما يمنع
عن الانتفاع فاقصر عن
ذكر ذلك اعتمادا عليها
روجب ودالمنا في بعض
المدة والمكان يسقط الأجر
بفساده ولو جوب الانتفاع
في ذلك القدر قال (ومن
استأجر دارا) ذكر هذا
ليبين وقت استحقاق
مطالبته الأجر والحال
لا يتعلو أن يكون وقت
الاستحقاق مبينا للعقد
أولا فإن كان الأول فليس
له المطالبة إلا إذا تحقق
ما انتفع عليه شهرا كان
أولا أو أكثر لأنه بمنزلة
التأجيل إذا استحقاق
يتحقق عند استيفاء جزء
من المنفعة فتحقق المساواة
والتأجيل يسقط استحقاق

قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من
الانتفاع فإذا فات التمكن فأتى التسليم وانسخ العقد فسقط الأجر وإن وجد الغصب في بعض
المدة سقط الأجر بقدره إذا انقاسخ في بعضها قال (ومن استأجر دارا لمؤجر أن يطالبه بأجرة
كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (الآن بين وقت الاستحقاق بالقدر) لأنه بمنزلة التأجيل
(وكذلك أجرة الأراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا إلى مكة فليجعله أن يطالبه بأجرة كل مرحلة)
لأن سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهى
السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة
فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر بعد ادخا حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه
وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر والرابع أن يكون متمكنا من الانتفاع في المدة
فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر
وإن تمكن من الانتفاع في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما يمكن بعد مضي المدة أو قال
صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بغير آخر فإن قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر
هذه القيود فواجهه قلت وجهه الاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فإن حال المسلم
دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد منه يمنع عن الأقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه
تسليم ما عقد عليه فأرغمنا عن منع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم العقود عليه في مدة العقد ومكانه
فكان معاملة ما عاده وعلى أن الأكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا
عليها ما ٥٨ كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولا فلا نكوت له وعلى أن الأكراه والغصب
مما يمنع عن الانتفاع إن كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن
العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فأرغمنا حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضا على أن الأكراه
والغصب مما يمنع عن الانتفاع فحق ركاه هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف
عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وإن كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار
المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة أن الأكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يلزم أن
لا يتم قوله فاقصر عن ذلك اعتمادا عليهم ما إذا الظاهر أن ضمير عليهم ما راجع إلى الحال والعرف وعلى
المعنى المزبور لا تصير علة لاقتصار الاستصاها هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك
هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الأكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع وأما ثانيا فلا ن
قوله وعلى أن الأكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضا من القيود المقصود

المطالبة إلى انتهاء الأجل وإن كان الثاني فقام مؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة وكذلك
أجرة الأراضي (وإن استأجر بعيرا إلى مكة فليجعله أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم وهذا قول
أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

(قوله) لم يكن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر بعد ادخا حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة أو سلمها
الكوفة لا يجب الأجر أيضا (قوله) وعلى أن الأكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها (أقول
وفيها بحث فإن صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله) اعتمادا عليها (أقول) يعني إلى الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان لا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه غوا العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس الممانعة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تدرأ على ان المصنف لم يلتزم صحة دلائل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحاً لكانت البتة لم يكن (١٥٩) للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر

باعتبار ساعة فساعة تحققيقاً للمطالبة بين البديلين) الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ غيره فبعضه قد راعى ما ذكرنا قال (وليس القصار والخياط ان يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ غيره فبعضه قد راعى ما ذكرنا قال (وليس القصار والخياط ان يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اهـ (أقول) في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل له ما سلما معافى الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخرين يستحق قبض البديلين معا وما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فاما ما يقل به أحد والصواب هو انما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اهـ (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب انباه هذا وقع مخالفاً لاعمدة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والغنى وشرح الجامع الصغير لغفر الاسلام وقاضيان والتموتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيراً يعمل له في بيته وقالوا الواسع اخرجها ما يحيط له في بيت المستأجر قسماً وخطاً بعضه فسرقت الثوب فله الاجر بقدر ما خط فان كل جزء من العمل يصير مسلماً الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجره لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) انه غير منتفع به

(قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل له ما سلما معافى كسابق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له سهل والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فاما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتامل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خط بعضه (قوله وجوباً) أقول يعني في الذمة (قوله الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ غيره فبعضه قد راعى ما ذكرنا) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه فنع (قوله فقد راعى ما ذكرنا) أقول يعني بقدرنا المستأجر

(الآن يشترط التحجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالفا للعامة روايات الكتب من المسبوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيان والتمرنائشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطاً لم يخط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة (١٦٠) من الأجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في النجاشي بأن الحكم قد ذكر فيه كذا كرفي

قال (الآن يشترط التحجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تتعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله الآن يكون العمل للغياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله لا تجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال وذكر الأمام قاضيان وإنه لو استأجر خياطاً لم يخط له في منزله كالماء على ما يستحق الأجرة بقدره وهكذا أيضاً في غيرها ولكن نقل في التجر يد أن الحكم قد ذكر فيه كذا كرفي الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم وقد ذكرنا ما نقله من أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده إلى هنا فظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الكل جزء حصة معلومة إذ ليس للكم مثلاً أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهم ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشيء أما أولاً فلا تالان لم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا الكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستفاد مما سنده ذكره وقوله إذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نلوه كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجرة كافي كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر إذا لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما ما حيث قال وفي الإجارة التي تتعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله وإن كانت حصة ما استوفى معلومة الآن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فيحتمل أن يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلا نلوه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لما نطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر

الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الكل جزء حصة معلومة إذ ليس للكم مثلاً أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهم ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالفا للعامة روايات الكتب إلى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء ما وافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخياط يخط له في منزله قيصاً فإن خط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل

لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلماً للعمل عند انتهي (قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله ويمنع تصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذين ذلك وبين ما إذا خطه في غير بيت المستأجر أنه إذا خط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خط في غيره وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً (١) قوله أو للدوامل هكذا في نسخ التكملة بالذال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المهملة والهمزة فليحذر اه صححه

قال (ومن استأجر خباز الخبز له) ذكر هذا البيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آتوا الثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا استأجر خباز الخبز له في بيته فقير دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من النور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل (١٦١) بالأخراج (فلو احترق أو سقط من يده

قبل الأخراج لأجره للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخرج غيره ومن عمل لأحد فهو أجير واحد واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرامشتر كالتوقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خبازا لخبز له في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبز له في بيته دقيقا معسوما بأجر معلوم فخبزه ثم يهرق فله الأجر تاما وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحسب ما عمل وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى وفيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

قال (ومن استأجر خبازا لخبز له في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من النور) لأن تمام العمل بالأخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الأخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته وليس عطايا أيضا المفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مداول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا فإنه قال وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقا قبل الفراغ بخلاف قول وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بخلاف علي أن لا يجب عليه الأجر مطلقا قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضا ولا أنه قال لما بينا وصرح به على ما صرح به الشراح فاطبة وقوله لأن العمل في البعض غير منقطع به ولا مثل أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقا فأن يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتد المصنف في كلامه المذكور ولم يصرح أن جملته ما ذكره صاحب العناية هو ما هو محض فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا للاختلال رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء من الأجر ثوب على حدة الخ ووجه الفرق على ههنا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أن ما إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن شبهة ليس بتمام الأجر لأن استيجاب الأجر بتحقيق الفراغ وهذا الوجه من الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند امتثال الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ أياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع أياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استحقاقه والقصاص والخياط بالفراغ من العمل وإن كان بقاءه وتقرر بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاءه وتقرر بتسليم المبيع إلى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الأجر وهذا أقال في الكتاب وليس للقصاص والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتماما لشرط (قوله ومن استأجر خبازا لخبز له في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من النور) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة

(٢١ - تكمله سابق) في دفعه ما غلب يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كمنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله الآن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وسأخبر فيه مستأجر على العمل الخ) أقول ما إذا استأجر خبازا لخبز له في بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فإن أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لأن عمله ثم بالاجخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم يرد منه جناية تريبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الأمين (وعندهما يضمن) لأن العينين ضمنون عليه كالمضروب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب للضمان مؤن صاحب الدقيق بانذار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الخبز والمخ عندهما ما ذكرت من صارت من قبل وجوب الضمان عليه وحال وجود رساد الاقيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار الدورى وأما عند غيره فهو ويجرى على عموميه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عند فلا نعلم له من عمله وأما على قوله ما فلا نعلم له بعد التسليم وهذا يتم إن كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خالطه طعاما لوليمة فعليه تفرغه الى القصاص) لانه من تمام عمله عرفا وان استأجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرق (ومن استأجر انسانا ليضربه لينا استحق الاجر عند أبي حنيفة بأقامته) فان أفسده الممار قبل ذاك أرا نكسر فلا أجر له (٢٦٣) لا يصير مسلما الى دمر لينا وما دام على الارض لم يضر لينا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه)

(فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يرد منه جناية تريبه قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه ضمنه عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا خالطه طعاما لوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضربه لينا استحق الاجر اذا أقامها عنه) أي حنيفة وقال لا يستحقه حتى يشرجهما (لأن التشرية من تمام عمله اذا لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير ولان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشرية من عمل زائد كالنقل الا ترى أنه ينتفع به قبل التشرية بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاجراج قال (وكل صانع لعله أثري العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في المبيع ولو حبسه فضاخ لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له الا لك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ولكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا لاوله الاجر وسيد من بعد ان شاء الله تعالى

أي فله ان يضمن بعضه الى بعض (لان التشرية من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه فاشترى قال (وكل صانع لعله أثري العين كالتصاير والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البذل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البذل والوصف لا ينقل عن العين فجاز حبسه لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يهدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاخ لا ضمان عليه

الخطا أنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا أنفا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فلو جاز أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن القصر اغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشده اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الاعلى المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لانه لا أجر له لاله لا لك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده ولكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا لاوله الاجر وسند كره في باب ضمان الاخير

قال المصنف (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقوله لا ولا غرم فيها وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الاجراج وبعد الاجراج وقال صاحب الدرر والغرف فيه بحث أما أولا فلا نعلم مخالف لما في شروح الهديا ان فيما قبل الاجراج غراما حتى قال في غاية البيان انما قد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاجراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاجراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلا نعلم مخالف للقاعدة المقررة الا في ذكرها من ان الاجر المشترك يضمن ما تلف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الا ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهما الثاني يعني أن العرف مشترك فكما أنه قديت ولا فقه قد ينقل من موضع العمل قبل التشرية من في القاموس التشرية من فقه الدين

وكل صانع ليس له أثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبس له لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعمل أو بعينه والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الجمل يعني اذا لم يكن ثمة من النسا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان ثمة في مسألة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكري المسبوط وجامع فاضل ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة غسل له أثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن له أثر في العين قائم ووجهه ان الآتي كان على شرف الهلاك وقد احياء برده فكانت باعاه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان له أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي له فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بما له) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة قائمة بالعمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك لو قيل اذا نقض الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس (١٦٣) وقد تقدم فصار كقبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جهم الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كأن استأجر دابة بعينه

قال (وكل صانع ليس له أثر في العين فليس له أن يحبس العين لاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الجمل وهذا بخلاف الآتي حيث يكون للاراد حق حبسه لاستيقاء الجمل ولا أثر له لانه كان على شرف الهلاك وقد احياء فكانت باعاه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بما له فليسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة قائمة تسليم العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين (فصل) (ومن استأجر رجلاً لا يذهب الى البصرة فيجيب عبياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليه يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحجي عجبوا به فذهب فوجدوا كتابه ميتاً فردوه فلا أجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبر من التنوير ولو كان مراده بيان الحكيمين معالقال هكذا تدبر

بعينه العمل فانه ليس للو جران يسلم غيرهما وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خبر ان استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ايقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكرنا استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلاً لا يذهب الى البصرة فيجيب عبياله فذهب فوجد بعضهم ميتاً فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد أو لافان كان الثاني استحقاق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهمداني واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتى بالجواب فذهب فوجد ميتاً) فاما ان يرد الكتاب أو لافان كان الثاني استحقاق أجر الذهاب بالاجاع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل) ومن استأجر رجلاً قال المصنف (ومراده اذا كانوا الخ) أقول في البرازية وان لم يكونوا معلومين فالاجرة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما سيوضح في الدرس الآتي من العناية

عند أي حنفية وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله (أجر الزنابة) وهذا بناء على أن المعقود على قطع المسافة أو نقل الكتاب
 رقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بنقض المعقود عليه بذهاب فيسحق الأجر المقابل له
 ووقع عندهما أن نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بوجه فيسقط الأجر كما إذا استأجر
 لذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجد مستافراً فله أجره لا أجر له بالاتفاق إنقصه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس
 بنقض على محمد لأن المدة ودفعه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقص ما قطعه منها والله أعلم

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرنا ما يجوز من الإجارة باطلاق اللفظ

هذا عند أي حنفية وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الزنابة أو في بعض المعقود عليه وهو قطع
 المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته وأما أن المعقود عليه
 نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه
 فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد
 يستحق الأجر بالذهاب بالاجماع) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجر لذهب بطعام إلى فلان بالبصرة
 فذهب فوجد فلاناً مستافراً فله الأجر في قولهم جميعاً) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
 بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها)

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكره من باب ما هو المقصود منها وهو
 بيان ما يجوز من عود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا
 يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك في باب آخر أعقب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة بل اتخذ في
 هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً من المستأجر للأجر كما وقع في عنوان الباب وقال
 في غاية البيان والغاية لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرنا ما يجوز من
 الإجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضاً من الأفعال ما يعد خلافاً من الأجر للأجر وما لا يعد خلافاً
 انتهى (أقول) فيه أيضاً شيء فأنامل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين
 ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لأصل الاستئجار يعني ويجوز
 استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص
 هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال
 أكثر الشراح إلى سميته في تصوير هذه المسألة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال
 ويجوز أن يتعلق قوله بالسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين
 ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يضر البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدروري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكر أيضاً من
 الأفعال ما يعد خلافاً من
 الأجر للأجر وما لا يعد
 خلافاً قال (ويجوز
 استئجار الدور والحوانيت
 للسكنى الخ) قيل صورة
 المسألة أن يقول استأجرت
 هذه الدار شهراً بكذا ولم
 يبين ما يعمل فيه من
 السكنى وغيره فذلك جائز
 وينصرف إلى السكنى
 وإن لم يبين

باب ما يجوز من
 الإجارة وما يكون خلافاً
 فيها

(قوله باب ما يجوز من
 الإجارة) أقول لعل المراد
 باب تفصيل ما يجوز من
 الإجارة فيتمضم وجهه
 التأخير لأن التفصيل بعد
 الأجمال فليست أملاً قال
 المصنف (ويجوز استئجار
 الدور والحوانيت) أقول
 في الفصل الحادي عشر

من إجازات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث إذا أجزت المرأه دارها

(أقول)

من زوجها وسكنها أجمعاً فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها للطبخ أو الخبز هكذا ذكر انتهى قيل في المعنى أن التسليم شرط الصحة
 الإجارة ولو جوب الأجر وسكنها عامه منع التسليم والحكم ممنوع والعلة من دودة القياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ
 والخبز مستحق عليها أديانة أن لم يكن مستحقاً عليهم بالحكم المالكان الزوج في منزلها ما غير مستحق عليها أديانة ولا سيما وقوله بأن سكنها
 مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كفضل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي
 كائناً من معدة بيت السكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصيح العقد

(أقول) فيما تال نأج السريعة كلام أما أولا فلا بد لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر التقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار أو حانوت ماذ كرى الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما ثانيا فلا بد لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيه ما غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيه ما غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يمتنع لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتى في الكتاب ففيما عدا ما أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصدوى قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كالم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كالأختي (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كارد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصيح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شطره الاول فلا بد من ايراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لانه لا يطلق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلا بد لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصرف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فبالتفاوت فلا يكون بدمن البيان للجهالة المفصلة الى النزاع كافي استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصيح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا أساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيه لبيان من يسكن (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ لا أساس للسؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد ان قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذلك بتفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العدة فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجب وزلان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شئ من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصابه فيصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العدة فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لا أساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لافي بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والزراعة والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب والوقد وغيرهما ومن أربع السكنى (فقط) أى لا طلاق العتق وأنه ليس بعتق بشئ دون شئ (الأنه لا يسكن حداد أو لا قصر أو لا ما عانا) بالما أو الدابة دون البند ان لم يوهن البناء فى الجملة كل ما لم يتغير ربه بالبناء جاز أن يعمل فيه ويتفدي به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بشئ الباء وقوله حداد أى يكون نسبيا على الحال ويتفق به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معها (وبينى أن يستأجره لانه لا يتفق لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) ويستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيًا للجهالة ولا بد من بيان

(١٦٦)

بذكرانه يستأجره للزراعة لانه

(وله ان يعمل كل شيء) لاطلاق (الأنه لا يسكن حداد أو لا قصر أو لا طحان لان فيه ضررًا ظاهرًا) لانه يوهن البناء فيتفدي العقد بما وراءه دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (ولاستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعدل الانتفاع ولا انتفاع فى الحال الاجم ما فيه دخلا فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الجش والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخل فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها مائة تفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لانه لما فوض الميرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعدد للانتفاع ولا انتفاع الا به ما فيه دخلا فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح به العقد

ما يزرع فيها لانه تفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعدد للانتفاع ولا انتفاع الا به ما فيه دخلا فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح به العقد

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى مععارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نهى بل بأبهاذا مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من مميزات ما قبله فلم يصح قوله وله هذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكر فى لفظ العناية يصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكر فى مآرائيه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون الادم (قوله لان فيه ضررًا ظاهرًا لانه يوهن البناء فيتفدي العقد بما وراءه دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها الا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالمثلة المذكورة فصار محالًا لقوله فيما مر أن تفاوت بعضى السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبًا فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها مائة تفاوت كى لاتقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفى فى تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها مائة تفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له فى اثباته فالجواب انه لا بد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانه

بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى

للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجرى به التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البسائط فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستئجار بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

(فإذا انقضت المدة لزمت المستأجر فاعلمها وتسليمها فإذ انقضت المدة لأنه لا نهاية له ما في إبقائه ما ضرر به صاحب الأرض) وهذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقطع أولا فإن كان الأول فإن شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه رضى به المستأجر أولا وإن شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فإما يمكن رعاية الجانبين) وذلك لأننا لو قلعناه تضرر المستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصار إليه وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب

(ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يطلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لانه لانهاية لهما وفي ابقائهم
اشترار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل الى زمان الادراك
لان له نهاية معه اليوم فاما يمكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا ويملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقلعها فحينئذ
يملكها ما يغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له
فله أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطوبة فانها تنقل)
لان الرطاب لانهاية لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والجل) لانه منفعة
معلومة معهودة (فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) فلا بالاطلاق ولكن اذا ركب
بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين من ادا من الاصل والناس يتفاوتون في
الركوب فصارك أنه نص على ركوبه

قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين أما إلى تعليل الاول فبقوله لانهم قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي الزراعية لانهم امنفعة مقصودة معهودتهم وايضا ينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركب جاره أن يركب من شاء عملاً بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر اجماعاً أن يقول عند العقد استأجرتم الراكب ولم يزد عليه شيئاً وزاد فعلى هذا ما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلا يفي الوجه الاول بفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافاً قاصداً فيكون المعتقد عليه مجعولاً فان أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعتقد وعليه بعد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائز لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الانتداء لان عقد الاحارة منعقد ساعة فساعة فكل جزء منه انتداء وإذا

كان الثاني صح العسقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجراً وغيره لانه تعين من ادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء وان كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعين من بعد لا بد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا

(قوله وان كان الثاني فله أن يعرّم قبحه ذلك مقولوا) أقول وان شاعرضى بتركها على حالها لم يذكره الشارح تعويلا على انقضاءها من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول آنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخام وحكم الجمل تحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جازا مكان غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تتفاوت السكان أيضا فإن سكنى بعض قديمتهم ربه كالحدا وشموه أجاب بقوله (وأبني يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا لتستغن عما في النهاية من التطويل وقرل المصنف

(وكذلك إذا استأجر ثوبا باليس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق المنة وتفاوت الناس في التيس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبهم غيره أو ألبسهم غيره فخطب كان نسامنا) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين رايه أن يتعداء وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمي نوعا وقد راعى ما يعلم على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كمنطه أخرى غيرها (أو ما هو (أقل) ضررا) كالشعير وليس سمي فانه ما إذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزنا فذكرنا أقل ضررا وذكرنا في النهاية أن في الكلام لقا ونشر اثنان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل إذا كان اتقدي من حيث الكيل وانما جازله ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعني به إذا كان أقل ضررا وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالمخ إذا كان مثلها كيلا لانه أثقل (لانعدام الرضا اقيه وان استأجرها ليحمل عليها مقسدا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديد لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فإنه ينسبط على ظهره)

ارفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذلك ما في الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراد من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعين مقيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الجمل تحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قال ثم اعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجهه من غائب الأوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كجاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعيين بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزمه الامام الزاهد والامام أبو نصر الاقطع في شرحيه المختصر القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكناية ومعراج الدابة الجمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل إذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يمتشي عند الجمل على الوجه الثاني لا عند الجمل على آخر الوجه الاول اذ لا شأن ان عملا انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما عني تعيين المعقود عليه بقاء الاطلاق وانما الاطلاق عملا الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق فهو ما بالوجه الثاني ثم عمال المسئلة بما عاين به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا بالاطلاق انتهى فتدبر (قوله وان سمي نوعا وقد راعى ما يعلم على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر رأوا أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكذلك إذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فله خمسة

بمختلف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مسبقا لان ذلك كن نظير المكيل وهذا نظير الموزون

أقوله أو تقديرا) أقول كما في الوجه المذكور في الكتاب (ولا قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعير مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فالحجواب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كالا يخفى (قوله لانه أثقل لانه راعى الرضا فيه) أقول الاولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولامعتبر بالنقل لان الدابة قد يعسر حمله لراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الاكدي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعبر عدد الراكب كعدد الجناء في الجنائيات) والجناء جمع جان كلبغا جمع باع فانه اذا جرح رجل رجلا بجراحة واحدة والاخر عشر بجراحات خطائعات الدابة ينتمى ما أنشأه لان ربح جراحة واحدة أكثر تأسير من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صياضه من بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليجعل عليها مقدار من الحنطة يشمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما عومأ ذون قيمه وغير مأذون فيه وسبب الهالك الثقل فانقسم عليها) اذا كان منها ما يليق حمله (وأما اذا كان جلالا يطبقه منها ضمن كل قيمته لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه (١٩٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف

جنس المسمى كمن استأجرها ليعملها خمسة أفقره من شعير فحملها مثل كلة حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختم وما فذلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأوجب أن الطحن انما يكون شاقشا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك عوفي الطحن بخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جلة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبم شايذ دفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه براكبها غيره ضمن جميع القيمة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالنقل) لان الدابة قد يعسر حمله لراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الاكدي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعبر عدد الراكب كعدد الجناء في الجنائيات قال (وان استأجرها ليجعل عليها مقدار من الحنطة فعمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما عومأ ذون قيمه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (الاذا كان جلالا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

أفقره حنطة أخرى وانما تركه غذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسسم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير فيما من حيث الكيل لان من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غايه البيان قال بعضهم فيه ألف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا الشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير مثله لعلها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلالها لم يضمن كولو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحل عليها حنطة عمر وبذلك الكيل بل قوله كالشعير والسسم جميعا نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفوا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسسم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما عومأ مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي فكأن صاحب العناية نوعهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم رد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا

(٣٣ - تسكمه سابع) فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصا لا لاحتماله لانه في الراكب متفردا بخالف من كل وجه وفي الاردا فمأذون من وجه دون وجه وهو يقع جلة كامر

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صياضه لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صياضه يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الاكدي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التبريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان مباحا له خارجا عن العادة ظهروا أنه تصدرا لانلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة للجماها الخ) وان كبح الدابة للجماها أى جذبها الى نفسه لنقف ولا تجرى ارضهم ففقطت ضمن عند أبى حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحت لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى التبع المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لا مراد لان العقد المطلق يتناول وغيره ولا يوجب حنيفة القول بالموجب أى سلمنا

قال (وان كبح الدابة للجماها أى وضربها ففقطت ضمن عند أبى حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله باذنه فلا يضمنه ولا يوجب حنيفة رجه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتعيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها اذا جعلها لاجل ما ينتمى اليه العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مراد الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها اذا جازها فافىكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك

لانه اذا أردف صيا ضمن بقدر نقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الادى غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك انتهى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذى لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غيره الادى فلم يدخل تحت قوله ولان الادى غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويزيد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم انقه فى اعتبار عدد الرأى فى الادى لا الثقل هو ان الادى مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذى ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صيا ضمن بقدر نقله لكن هذا فى الصبي الذى لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا فى التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للتصديق ذلك القول لانه مما يقرر فى عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الادى لا يوزن بالقبان يدل قول صاحب الهداية ولان الادى غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنهم ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الادى بالقبان أصلا وهل يوجد فى العالم من الممكنات القائمة بذاتها ثنى لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيف (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى التبع المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مراد لان العقد المطلق يتناول وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء فى كل من جازى السؤال والجواب أما فى الاول فبأن قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما فى الثانى فبأن قال ولعل الاول أن يقال أى الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفه ساقط أما الاول فلا أن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح فى العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فأرادة ذلك منه عين التسامح فى العبارة وأما الثانى فلا نلوه لانه فى تفسير المعهود أى

أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقيق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور فى الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهى على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة) ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ فى معنى هذا الوضع فتنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود ضمن القادسية اليها مراد الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل

(قوله وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أى التبع المتعارف) أقول ولعل الاول أن يقال أى الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقيق المقصود بها الخ) أقول الضمير فى قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أى بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح (قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل فى هذا التعليل

والمستأجر والمستعير مأمو ران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الردد إليه ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب إذا رد المقتضوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجده الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب إلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قيل الحاق العارية بالأجرة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لتبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كما ودع وموثة الرد على المالك كافي في الوديعة بخلاف الإعارة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الحاق والاتحاد في المناط كافٍ للحاق وهو موجود فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعبداً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود في مال الإحالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكرى حماراً بـسرج) فاستعماله به موافقة فإن تزع فاما أن يستعمله بـسرج آخر أو كافٍ وكل منهما على قسمين إما أن يسرج بـسرج يسرج بمثله الجراً أو لا وكذلك إلا كافٍ فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لأنه لا (١٧١) كان مثله تناوله الأذن إذ لا فائدة في التقييم بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييم بعينه وهو واضح وقوله (إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الأذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمو رابه تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكرى حماراً بـسرج فنزع السرج وأسرجه بـسرج يسرج بمثله الجراً فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان مماثل الأول تناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييم بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فينثني ضمن الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الجراً ضمن) لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب إذا الفعل المتعارف مطلق العقد لا داخل تحته وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبيين المراد فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأمو رابه تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحسيرة صار

بضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخنطة وإن أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بـسرج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله ونوقض بغاصب الغاصب إلى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحتة بالنظر إلى ما نحن بصددده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل أنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالمناسب في الجواب هو التعرض له لعله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فلم تأمل قال المصنف (ومن أكرى حماراً بـسرج الخ) أقول إذا استأجر حماراً بـسرج فأسرجه بـسرج يسرج بمثله الجراً فهو ضمان بقدر ما زاد اتفاق الروايات بالإجماع وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من أجازات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الجراً كالضمير السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل

(وان أوكفه) با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه) با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة (١٧٣) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه

أنه ضامن بل يجمع القيمة ولكنه قال عوضا من وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسبه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة فغلب من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمته ومنهم من قال معناه بحسبه في النقص والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والا كاف ستة أمناه يضمن ثلثي قيمته واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سوا فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كازادة في الجملة المسمى اذا كان

(وان أوكفه) با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه) با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة وقال يضمن بحسبه) لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كازيادة في الجملة المسمى اذا كان من جنسه ولا ي حنيفة الله ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه للحمول والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة لا ينبسط عليه الا آخر فكان مخالفا غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن النسيان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمر بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض بغاصب الغاصب اذا ارد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأوجب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأن يزيد في المأخذ فتقول انما يبرأ بالرد على أحد هذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعارض الدراية الى القوائد التهورية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن النسيان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمر بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يشمل ذلك الحصر على التصرف الاضافي دون الحقيقي فالعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصده بعض الفضلاء أن يجب عاير رد على ماني العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لانه وجهه بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة قد تبرأه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن النسيان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هاتين منهما فالتبرأ وجهه الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كاية الكبرى والكلام فيهما ولو كان من ادعى صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا ارد المغصوب على الغاصب ماس بكلامه فلا يكون ذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وقول ماعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور ماس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور في ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فانما خلاص في الجملة لتخصيص ماني العناية انما هو محل الحصر على التصرف الاضافي كنهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم النسيان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

من جنسه ولا ي حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه للحمول والسرج للركوب وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كازيادة في الجملة المسمى اذا كان أكثر من الخنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا جعل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للحنطة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر رجلا ليجعل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يضمن لو امان ان يكون مسلكه مما يسلكه الناس اولان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون أحدهما (١٧٣) أو عرا أو أخوف أو نحو ذلك أو لافان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذا كان غير مفيد وان كان الاول ضمن لجهة التقييد لكونه مفيدا فان قيل يجب ادراك الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيده في هذا التفصيل أجاب بقوله (الآن الظاهر عدم التفاوت

اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لجهة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معني وان بقي صورة (وان جعل في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان المودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بمحصل المقصود وارتفاع الخلاف معني وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا لزراعتها

كما اذا جعل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر رجلا ليجعل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غير يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عدم ذلك التقييد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لجهة التقييد فان التقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معني وان بقي صورة قال (وان جعل في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معني قال (ومن استأجر أرضا لزراعتها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضرب الارض من الحنطة لانتشاره ووقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خسارا لا في شرفي ضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب الارض على ما قرره

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي ثبت به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور والمتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمستعير يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجرة اذ لو لم يكن له في استعمال العين نفع لما اختار استعمال العين على ما له من الاجرة اه وعلى هذا النوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كتب من الشروح وعرضه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الخاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس يستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الاتحاد والاتحاد في المناط كاف للاتحاد وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعددا بآثار الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيه مما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للاتحاد على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للاتحاد في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الخاق واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فالجواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا جعل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للحنطة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قد وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهور الدابة قدر ما تأخذ الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليمه ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهور الدابة قدر ما تأخذ

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضربها كالرطاب فين استأجره لزرعة الحنطة فخالفه الى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا اجري يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي المزومات

رقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر رقبته (ويستفاد به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحر البرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابل الاجرة التي يصح دون القباء الباقى ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها الاحتجاج الى معذرة وقوعها في محلها قال (الاجارة تفسد بالشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي نصاد البيع بها لانم باعتزله في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المنزل والمسمى وانما جعلت الالام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسد بشرط أما اذا فسد بلهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المنزل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المنزل بعدم ما عمل بقوله لقصور جهة الموافقة

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا) الخيطه قيمه بادرهم فخطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهم ما قيل معناه القرطف الذي هو ذوطاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانها يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قص من وجهه لانه يشد وسطه من هذا الوجه ليكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المنزل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما ينفسه في باب ان شاء الله تعالى ولو خطه سراويل وقد أمر بالقباء فيل يضمن من غير خيار لانه تفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاختلاف في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسد بالشروط) كما تفسد البيع لانه يخرجه لانه يرى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المنزل لا يجاوز به المسمى)

الخطة المشرطة تعين العكس حيث كان ما جله المستأجر على الدابة وهو الحد أدنى انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الخطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الجمار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك للاحالة

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها الاحتجاج الى معذرة وقوعها في محلها كالأبني (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المنزل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور السراج أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

أي يجب أجر المنزل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ (قوله وانما جعلت الالام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسد بشرط أما اذا فسد بلهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استأجر الدار أو الحمام على أجر معلومة بشرط أن يجرها أو يرميها أو قالوا اذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر ففسدت الاجارة ويجب عليه ان يسكنها أجر

المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض بمجعل الالام للعهد المثل قال في المحيط السبرهاني اذا تكارى دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يتنضيه العقد ولو أجز فيه من خمسة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يمتلى بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يمتلى واصلاح ذلك على الأجر فكان لا أجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتفاقى في شرح قوله ومن دفع الى خياط ثوبا قال أجرتك هذه الدار شهر بعشرة على أن لا تسكنها ففسدت هذه الاجارة وان يسكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيان انتهى ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلوا المسمى بمقابل المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بعقوبة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخليه وهي التمكين كما سيحى وذلك لا يتحقق مع الفساد لو جرد المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسى من العبادة وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته بديل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يذكروا في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع ففسد الانتفاع أولى فليعتبر والله الهادى (قوله بالغاما بلغ) أقول لا ينتفع المرجع عنه

يجب بالغامابليغ اعتبارا
بيبيع الاعيان فان البيع
اذا غسد وجب القيمة بالغه
ما بلغت وهذا بناء على أن
المنافع عنده كالأعيان ولما
أن تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضروري
يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة تدفع بالصحة
فيكتفي بها وهذا كما ترى
بقتضى عدم اعتبار الاجارة
الفاصلة إلا أن الفاسدة
تبع للصحة فيثبت فيها
ما يثبت في الصحة عادة
وهو قدر أجر المثل وهذا
يقضى لزوم الأجر المسمى
بالغامابليغ لكن لما كانت
التسمية فاسدة لم يجب من
المسمى ما زاد على أجر المثل
فاستقر الواجب على ما هو
الأقل من أجر المثل والمسمى
بخلاف البيع فان العين
مستوفى في نفسه وهو أى
القيمة هو الموجب الأصلي
وانما ذكره لئلا يخلط
فان صحت التسمية انتقل
عنه والأفلا

قال المصنف (لأن الفاسد
تبع له) أقول ينبغي أن
يكون ههنا مقدمة مطوية
مثل أن يقال ولا يلزم عدم
اعتبار الفاسد وفي بعض

وقال زفر والشافعي يجب بالغامابليغ اعتبارا ببيع الاعيان ولأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكم ما اذا انتفع على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين مستوفى في نفسها وهى الموجب الأصلي فان صحت التسمية
انتقل عنه والأفلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما لم يجب الأجر بالغامابليغ كما صرح به في الذخيرة
والمعنى وفتاوى قاضيان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعها
لما قيل الأقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم
التسمية وجب أجر المثل بالغامابليغ نقه في النهاية عن الذخيرة والمعنى وفتاوى قاضيان اه كلامه
(أقول) في نفسه شئ أما أولا فلا نفي لقوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري
في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة نفسها
بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين ووقع
بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاصلة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لان يجعل
سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله
المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري وأما ثانيا فلا نفي لكون اللام في القول المذكور
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع محض ووصف فقط
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهى ما فسد لجهالة المسمى
وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين
أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة
السليمة وأما ثالثا فلا نفي ان دفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره
يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب
فيه أجر المثل بالغامابليغ كما اذا استأجر دارا أو حائونا تسعة بمائة درهم على ان يرهما المستأجر فان الواجب
على المستأجر هنالك أجر المثل بالغامابليغ صرح به في فتاوى قاضيان وغيره اذ ذكر في النهاية أيضا نقلا
عن فتاوى قاضيان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمدين فينقض عمل ذلك قوله الواجب
في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندى ان اللام
في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لا حاجة الى
تقييم الحكم المذكور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة
الفاصلة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هنالك معنى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تصور فيه
فانه اذا لم يكن هنالك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا لا لقطع بأن
المجاوزة تقتضى الحد المعالم فيلغوا أن يقال هنالك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار لمعنى أن
الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل إلا أن يكون هنالك معنى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل
يجب الأقل منه ما نعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغامابليغ ان لم يكن

النسخ إلا أن الفاسد تبع له وهذه النسخة طائفة

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لانهائية تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجح بلا مرجح (والواحد منهما معلوم متيقن) فصح العقد فيه وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر ولا يختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول أنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول أنه لا يصح بغير محضره بخلاف وجه

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لانهائية تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للوثر أن يخرج به إلى أن ينقضي وكذا كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الشهر الثاني ويومها الآن في اعتبار الاول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة بمسمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للوثر أن يخرج به إلى أن ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لأن في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي لم فيها الهلال فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيئ وقتها وكلاهما مالا يجوز ذكره لذلك طرقتا لانه منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر ففسخت

هناك مسمى معلوم وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقه عوافيما وقعوا وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر الآن عقد ما قد تحقق في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيهه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علمته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها ان لم يلزم بجزء الفسخ قبل أو ان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعد أو عيب قبل استيفاء المنافع بنهاها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا مثل في جواز ذلك كما صرحوا به فاطمة وسيجيء في الكتاب (قوله وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا إلى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا في فكذا فسخه (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة بمسمى) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجح بلا مرجح

في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أباحنيقة قال هـ ذاجاز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزومه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخرج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جاز أن الاجارة في الشهر الاول جائرة فأما فيما عدا ذلك من الشهر فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائرة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبير منكر وانما ثبت الخيار لكل واحد منهما ما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائرة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورية ببيان أن موضوع الاجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للاستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما ما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا يهبها أبد الدهر لانه لا نهاية لجهالة الشهر وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائرة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا الاختلاف في كيفية امكان الفسخ اكل منهم ما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يحج وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فيه وقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم تنفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ هذا الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفذ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصبح مضافا كذا فسخه يصبح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضي حق فلان رأس الشهر ففضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحقاقا الى هذا اللفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونق له صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعد عبارة الأئمة في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حاقوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن ينفذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منسكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب (كما في الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المراجعة (بخلاف ما اذا قال الله على ان اصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها السبب فيه على السواء (لان اليبالي ليست بعمل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون (١٧٨) الا بعزيمة منه وربما لا يقترب ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان اليبالي ليست بعمل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال (ويجوز اخذ اجرة الحجام والحجام) أما الحجام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالنسخ فيه ما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر نبوت اختيار لكل واحد منهم ما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطرفين المزبورين وان كان ينوع عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزبلي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكثير منكر الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنتز لا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان محالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزبلي لان التعامل اذا وقع من غير تكثير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابله على أنه قد تقرر عندهم ان الجهة المفسدة للعقد انما هي الجهة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهة كما مر في البيوع وجه المدة فيما نحن فيه ليست بعقضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه لذكر الشهر منسكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منسكورا ومع أن الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محسلة للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق أقول المصنف بخلاف الصوم لان اليبالي ليس بعمل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الباء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

على بناء المفعول أي يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) في الشهور العربية ستة فهما كان العمل به مكنا لا يصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابي حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا أو غايه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حواله غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة روجه الله بالايام وعندهم الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر

لم يعرف الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعند محمد يكمل الاول والاخير والمتواسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز اخذ اجرة الحجام والحجام الخ) استجار الحجام والحجام وأخذ أجرهما جائزا أما الحجام فلجربان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

(قوله لذكر الشهر منسكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

الجهالة ولكنه ترك لأجتماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وأما الحجام فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجهم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم بأجره معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكره في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كرهه غلة الحجام أخذنا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فكره اتخاذ الحجام للنساء لانهم ينهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكرهه كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهم ما والحسن والنخعي رحمه الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجام الخففة وأبو هريرة روى من الكراهة وهو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كالا كراهة في غلة الدور

والحوادث والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأنه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما فأعلم ناضحي من كسبه قال نعم وأناه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما فأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل (أي ضرابه) وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحناابلة بوجها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس) وهو أن يؤجر فعلا لينزوي على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عصب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال (ولا الاستجارة على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجارة عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجر لانه استجارة على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كافي الصوم والصلاة

هو أول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقوله حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعذر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محججه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلاً (قوله ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول

والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستجارة النائم للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عصب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الأجرة عليه ولا يجوز الاستجارة على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استجارته بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجاز حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كاطلاق المرسل واردة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل أي ضرابه) وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فعلا الخ يدل على أن العصب بمعنى الاكراه على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسيره اشارة بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العصب يقتضي أن يكون العصب بمعنى الضراب فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول أي المراد من عصب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العصب الكراه الذي يؤخذ على ضرب الفحل وينهى عن عصب الفحل تقول عصب ففعله يعصبه أي اكراهه وعصب الفحل أيضا ضرابه ويقال مأوه

(وبعض مشايخنا) يريد به ما يوجب ربه الله (استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستنجار وعند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع نفيح حفظ القرآن) وتارة انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لأنه كان لأهلين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع نفيح حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاحى) لأنه استنجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك وقالوا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشركه من غير الشريك له ما أن لا يشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم يمكن بالتفليس أو بالتأبؤ فصار كما إذا أجرة من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يـ حنيفة أنه أجرة ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم طاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه عني عن أبيك واعتبري فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقريره هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها للقاعل لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فحى بكسبن ألمحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته من أقرب واحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب فضيحة احدي الشاتين لأتمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعلى المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وظيفة الاخذ والفهم وان أريد ان المعلم أيضا مدخل في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما تلقاه المعلم ولم يفهمه ما تلقاه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع نفيح حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي غلبت المنافع بعوض في الاستنجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستنجار في هاتيك الصور وبهجة استحسانه فرفع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعلة مما

من أمر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخبر آخرى يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة كره في الاخيرة (ولا يجوز الاستنجار على سائر الملاحى لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فإنه لو استحق به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع وفضوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لانه يمكن بالتفليس أو بالتأبؤ فصار كما إذا أجرة من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يـ حنيفة

أنه أجرة ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقديره أجرة ما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقديره أجرة ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني أن يكون مائة وتقرر به لان تسليم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والخلفية) جواب عما قالوا التسليم ممكن بالخلفية ووجهه أن الخلفية لم تعتبر تسليمها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت على وعو وسيلة الى التمكين (والتمكين في المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذا فات المعلول لم يعتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الخش فكان التمكين بالخلفية فيه حاصلا وقوله (وأما التايؤ) جواب عن قوله ما أوبأ التايؤ وحاصله أن التايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ بشرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتها وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريك) جواب عن قوله ما فصار كما إذا آجر من شريك ووجهه أنه إذا آجر من شريك (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) (١٨١) وفيه نظرا لانه لو لم يكن فيه شيوع

لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء وينعج جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا ينعقد المعقود عليه وهو المنفعة وانما ينعقد التسليم وذلك لا يوجد

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والخلفية اعتبرت تسليم الوقوع تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه وأما التايؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما إذا آجر من شريك فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبرات الآن لا يسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التايؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قوله ما أوبأ التايؤ وحاصله ان التايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ بشرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتها كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط - فكذلك يقال في التايؤ وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتها وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ماسا قاط أما الأول فلا نه كلام حال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس بمعنى على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهم لم يقولوا ان التايؤ هو القدرة بل قالوا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على ان قولهما أوبأ التايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالخلفية أو بالتايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التايؤ بل ثبوت القدرة على التايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالاستحجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا التحد المقصود على أن يمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شيء (قوله وتقرر به لان تسليم الانتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التايؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التايؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتها) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتها وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

(قوله ليس له تعلق ظاهر)
 أقول خبره قوله وقوله
 وبخلاف الشيوخ الخ
 (قوله الآن جعل تهيدا
 للجواب عن قولهما أومن
 رجلين الخ) أقول الظاهر
 أنه جواب لما عسى
 يستدل به الامامان على
 مدعاهما بجواز الاجارة في
 صورة الشيوخ الطارئ
 بأن يموت أحد المتواجرين
 بعدما آجرا دار الهمامن
 رجل مثلاً وان لم يكن
 مذكوراً في تفسير دليلهما
 في هذا الكتاب الآن له
 نظائر كثيرة (قوله وهو
 فاسد لان العقد الغير اللازم
 هو الذي يكون للقاء فمه

حكم الابتداء) أقول لعل مراد الحبيب أن بقاء الاجارة حكم الابتداء في جعل المقود عليه الغير المستأجر وقوله لان ما عقد لازم يريد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه بومئى الى ما ذكرنا ايضا فتنبيه فلا يردها وأورده الشارح (قوله) كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله) وانما الخصم يقول لبقاء العقد فيها) أقول لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله) والصواب أن يقال الطربان انما هو على التسليم لاعلى العقد) أقول بوضيحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فبان أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الطي وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ولان
التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع
على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به والبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل
ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة لها والوا أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدرك الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا
بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلا نثبت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينزع
فيه أحد فان الأصل عندنا أن الغبن المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها
وان العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء
العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الاعتقاد في حق المعقود عليه
وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما متقرر في صدر كتاب الاجارة من كشف
بما ذكره في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بأن أجر رجل من رجلين ثم مات
أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحدهما المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في
رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع
فيكون هذا في معنى الشيوع المقتضى بالعقد وفي ظاهر الرواية ينيق العقد في حق الحي لان تجدد
الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فتعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ
والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كافي الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى
ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار
الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم ان القياس بأي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك
العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها لكان
جوزها الاستحسان لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو
اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء
ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغ الصبيغ له الثوب فانما اجازة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا
على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وهذا
خرج الجواب عن فضل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في
الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيت بل محتمل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن
المعقود عليه في استئجار الظئر ما ذاق قال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها الصبي واللبن يقع كالصبيغ في
الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو
القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الأول
فهو لا ينبغي أن يقال في المسئلة المنفق عليها أن القياس بأي جوازها لكن جوزها الاستحسانا فيذكر
في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول
الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه
الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان
يشتمل انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرير ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابل القياس
على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد
الطلاق (أقول) الأولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار
الظئر بأجرة معلومة جائز
لقوله تعالى فان أرضعن
لكم فأتوهن أجورهن
يعني بعد الطلاق ولان
التعامل به كان جاريا في
عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقبله وأقرهم
عليه واختلف العلماء في
المعقود عليه فقيل هو
المنافع وهي خدمتها الصبي
والقيام به واللبن تباع
كالصبيغ في الثوب وهو
اختيار صاحب الذخيرة
والايضاح والمصنف وقيل
هو اللبن والخدمة تابعة
وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي حيث قال في
المبسوط والاصح أن العقد
يعد على اللبن لانه هو المقصود
وما سوى ذلك من القيام
بمصلحته تباع والمعقود
عليه ما هو المقصود وهو
منفعة اللبن ومنفعة كل
عضو على حسب ما يليق به
واستوضح المصنف هذه
الجهة بقوله ولهذا لو
أرضعته بلبن شاة لا تستحق
الاجر وبين ما هو المختار
عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق)
أقول يعني بعد الطلاق
البيان انما يجوز بعد
الطلاق الربعي قبل انقضاء
العدة

والاول أقرب الى النسبة لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا لكن استأجر بقره ليشرب لبنا او وعد ببيان العذر عن الارضاة لمن نية وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه تسمى الاثمة بعدد رؤيته الدليل الواضح وهو نقله من طرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتولى بأمره وصانعه من الذين جعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد بن ابي اسحق قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بنظام سر الرواية ولستى كان فحين ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو غير مقصودا ليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

قوله وهو نقله من طرف) أقول يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره مجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الآن يقال المراد هو المنافع سقيمة ولكن انحصار من وراء المنع (قوله ولا يثبت له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

دليل اول أقرب الى النسبة لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقره ليشرب لبنا او شرب لبنا او شرب اللبن العذر عن الارضاة لمن نية وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه تسمى الاثمة بعدد رؤيته الدليل الواضح وهو نقله من طرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتولى بأمره وصانعه من الذين جعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد بن ابي اسحق قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بنظام سر الرواية ولستى كان فحين ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو غير مقصودا ليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

قوله وهو نقله من طرف) أقول يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره مجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الآن يقال المراد هو المنافع سقيمة ولكن انحصار من وراء المنع (قوله ولا يثبت له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

دليل اول أقرب الى النسبة لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقره ليشرب لبنا او شرب لبنا او شرب اللبن العذر عن الارضاة لمن نية وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه تسمى الاثمة بعدد رؤيته الدليل الواضح وهو نقله من طرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتولى بأمره وصانعه من الذين جعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد بن ابي اسحق قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بنظام سر الرواية ولستى كان فحين ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو غير مقصودا ليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

قوله وهو نقله من طرف) أقول يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره مجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الآن يقال المراد هو المنافع سقيمة ولكن انحصار من وراء المنع (قوله ولا يثبت له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والغناية على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بنظام الرواية) أقول ناظر الى قوله ولا يثبت له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه بغير الايدل على عدم جواز بيعه كافي الصبح

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد

للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فنافاة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أو لا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون نوطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات و بطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرهم من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تقضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله جمع عليه بعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (الخ) أقول والعمل مراد المصنف هو الاشارة الى ما يحكمه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقدم عليه فلي تأمل (قوله ويجوز أن يكون نوطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يأبى عن ذلك قوله اعتمدا بالاستئجار على الخدمة فلي تأمل قال

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها) استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجاهل لا ينفق الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع فقير من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضى الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراغهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينفع بالمنافع ثم يردده والعريضة ان ياكل ثمرة الشجرة ثم يرددها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يرددها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سميعة عن محمد بن رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصل بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعاً اذ حقيقة الاجارة تعليق المنافع بعوض دون تعليق الاعيان فان تعليق الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطمينة وما ذكره من التخيلات أو التشبيهات مما لا يجب دى شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا ماس لها ما نحن فيه وأما صورتان الاخرى ان فلان المعنى فيه ما وان كان تعليق العين يمكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة له ما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامع والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطمينة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هو ما بقوله ان ما روى ابن سميعة عن محمد بن ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد بن رحمه الله التي هي الرواية المعتبرة ابداً وكون ابن سميعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعاً وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يده (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظراذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقين لم تأمل قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الاحالة وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالاخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما انتاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا أقدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ كذا القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فمناصب ذكره مما متصل بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فيخص بالطريق الاول فمناصب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبين ما هو المختار عنده موافق للقياس في هذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

(٢٤ - تكمله سابع)

لي نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالسمية هو التعيين أي عين الطعام بدرهم وتعديته الى درهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي فتأمل

وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بتقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدل بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا إلى ذلك (وهذا أي جعل الاجرة على هذا الوجه لاجتماعه فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لأن أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديناً والأثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما إذا كان مسلفاً فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديناً فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وإنما يفهم منه أنه يسمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بتقابلة طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدراً في كلام الجامع أي سمي بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي الآن التقدير لا بد

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا الوجه لا يفهم فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جازاً أيضاً) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان وركاكة الجواب للذين ذكرهم أصحاب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فخاف أنه عند الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجع إلى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بتقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعداً من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لأنه اذا صير إلى حذف المضاف وأقامة المضاف إليه مقامه في ذلك اللفظ أي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمي بدل الطعام دراهم كما جعله عليه الامام الزيلعي جازاً ان يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلاً آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كناية عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً وانما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في انفعاهم البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفعاهم البعض الآخر منهما منه والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعداً عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدل بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا إلى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقديره بدل بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركيبك من حيث الاعراب والمعنى فعليكم بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الص غير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوباً على تزج الخافض أي الطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلأنه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنباً أي من ذنب وبغاه الخير أي بغى له وأما ما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه أيضاً لم يسمع ولا يجوز تزج الخافض أي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جديداً وأما الثاني فلا أنه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي ولا يلزم الجمع بين معني التسمية وهو لا يجوز سواه كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرفت في علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله أوصافها أي أوصاف الطعام على تأويل الخنطة اهـ (أقول) فيه نظراً لاشتراك المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعي الخنطة وغيره فأكبر كيف يتم تأويل ذلك بالخامس في مقام الاستدلال على العام

(ويشترط بيان مكان الابقاء) اذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطئ الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه طؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنه لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليه ما أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظن) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها لانهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لالاتقاء اللبن ولهذا لو أجز الصبي بلين الظن في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها انه فان قيل (١٨٧) الظن أجبر خاص أو مشترك

أجيب بأنهم أجبروا خاصا على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو وضاع الصبي من يدها أو وقع فوات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظن لانه عـ نزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن توجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا بعينه وذكري في الدخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانها لو أجزت نفسها القوم آخرين

(ويشترط بيان مكان الابقاء) عند أبي حنيفة خلافا لما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دين في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعها عن غشها في منزله لان المنزل حقه (فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليه ما أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لنص عليه العرف في مثل هذا الباب فاجرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن ما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن كذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لانهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسئلة شاهد فالحق ان هذه الاجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سئذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالخطئة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور له واهو جرح في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار الارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما وافرغت أمت وهذه جناية منها ولها الاجر كما لا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملها فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كلا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنهم أجبروا خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة اترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشترك كاعلى قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المحيبي من دالة لفظ المبسوط دالة قوله فان العقد قد ورد على منافعه الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتامل (قوله وهذا يدل على أنها على قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه أجز نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كدلا على كل واحد منهم مما لا يتصدق بشيء الا أنه تأثم انتهى وفي البراز به ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كما لا ويأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يثأجر نفسه من آخر في مدتها ولو أجز من آخر فيماله الاجرة الثانية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافعه بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بغير منعه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من غز له فيصير في معنى قبض الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا يطحن له خنطة بغير من دقيقه

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاذل الظاهر أن يقول وان أجرته بدل وان أرضعته اللهم الآن يحمل على المشاكلة بما لا يسهل مسألة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجبر خاص أو أجبر مشترك أجيب بأنهم أجبر خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدهما أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانهم باعتملة الاجبر الخاص فان العقد ورد على منافعه في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجبر الخاص أمين فيما في يده اه ويحتمل أن تكون أجبر خاصا وان تكون أجبر مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الا ولون حتى ينسخوا هذه الاجارة فأرضعت كل واحد منهم ما وفرت فقد أتمت وهذه جناية منهم اولها الاجر كاملا على الفريقين اه وجه الدلالة على احتمالها ما انهم لو كانت أجبر واحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأتمت بما صنعت ولو كانت أجبر مشتركة من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهم ما قلنا بأنهم استحقوا الاجر كاملا لشبهها بالاجبر المشترك وبأنهم تأثم لشبهها بالاجبر الواحد وهذا ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتضى أثره صاحب العناية غير أنه اعترض على دلاله لفظ المبسوط على كونه أجبر خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانهم باعتملة الاجبر الخاص لا عينه انتهى (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلاله قوله فان العقد ورد على منافعه في المدة وتنويه بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهم ما يدل قطعاً على انها أجبر خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجبر الخاص وأما قوله بمنزلة الاجبر الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجبر الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجبر الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر كرامة المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم كرامة العمل تكون مشتركة على قياس ما قيل في استئجار الراعي اه (أقول) ليس ذلك الجواب بتمام اذيرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجبر خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر كرامة المدة لما استحققت الاجر كاملا اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمجيب البرهاني بعد بيان استحقاتها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشك اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضي ولدي هذا سنة بكذا الان الظئر في هذه الصورة أجبر مشترك لان الاب أو وقع العقد أولا على العمل انما يشك فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا بكذا لانها أجبر واحد في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لأجبر الواحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا أجبر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول وتأثم والوجه في ذلك ان أجبر الواحد في الرضاع يشبه الاجبر المشترك من حيث انه يمكنه ابقاء العمل لكل واحد منهم ما يتمه كافي الخياط والقصار ثم لو كانت أجبر واحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجبر مشتركة من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهم ما قلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجبر المشترك ونقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجبر الواحد اه فقد ظهر ان

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعامه بغير منعه لانه في معنى قبض الطحان في جمع ل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قبض الطحان وهو أن يستأجر ثورا يطحن له خنطة بغير من دقيقتها

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الخذف والايصال

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة ببعض ما في معنى قفيز الطعان بالعرف كما فعل بعض مشايخ الملح في الثياب لجر يان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعنى المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للحائلك أجر مثله لان

صاحب الثوب استوفى منفعة به فقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

(قوله لا لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب فوع مسامحة والظاهر أن بقول نبي يترك به القياس الآن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطعان وقال معنى قفيز الطعان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع (قوله فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة ببعض ما في معنى قفيز

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر مجرد تقديم المستأجر كالمدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطعان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بخلاف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان انتهى على قوله ما الحاجة الناس اليها وظهرت تعامل الامم بهم والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطعان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطعان من وجه أي من حيث انها استأجر ببعض ما يخرج من عمل له كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطعان من كل وجه لانه استأجر بمحض ليس فيه شائبة المضاربة فانه قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس واثبت سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هنالك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا يصير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس في يترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستأذه القاضي الامام أبي على النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستأذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القوانين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

الطعان بالعرف كما فعل بعض مشايخ الملح في الثياب لجر يان عرفهم بذلك) أقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطعان بالدلالة مجمل التاميل وكيف القفيز بعد الطعن شيء آخر حتى يملكه القاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينيا على ما بيناه من قبل فكيف يملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجميع

ملك الاجير (الاجرة في الحال بالتعجيل) لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا لطعاما (مشترا) من استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ما من استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتعجيل الخ قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينيا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذ ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاه ساقط اما الاول فلا نراه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومراجع الدراية حيث قالان ههنا مسئلان احدهما ما اذا استأجر رجلا لحمل له كرحضة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة والاجير أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية ان يستأجره ليعمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليعمل نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجازات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلا نفي المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه يملك الاجير ابتداء بوجوب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل اقباضه من المعقود عليه ولا يذهب ملكه لانه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير شمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحيدري حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليعمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فاعا سألة اليه على سبيل التملك لنصف الكرم من قبل ان البديل نصف كرم مطلق لان نصف كرم محمول الى بغداد فصار تسليم الكرم اليه مجالا لاجرة فملكه بنفسه القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكرم قبل اقباضه من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلما ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير شمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحيدري الى هنا لفظ النهاية وهذا ظاهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقيد بفيكون تقديرا للكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث لا يكون مشتركا بينهما لا يوجب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء عمله ويكون باطلا فكذلك اه كلامه (قوله لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا

بالنصف الاخر او يوجب المسئلة اخرى وهو ما اذا قال اجل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن بنفسه سد الاجارة لكونها في معنى قفسير الطمان ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذ ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقيد والنظائر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث لا يكون مشتركا بينهما لا يوجب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء عمله ويكون باطلا فكذلك اه كلامه

فلا (من استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما ما من استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) وقوله ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ما من استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر خنجر يحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بخطط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتياط حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند تحديد المسمى) وعون نصف الخطب (هناك غير معلوم فلم يصح الخط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصفه عن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترى وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعهما شرا فكان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم الخ) المختاتيم جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المختاتيم من باب الخمسة الانواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذلك الوقت للاستحالة لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والجل على هذا

عما لا بد منه دفعا للجهالة
لتنجيد العقد ولا يبي حنيفة
أن المعقود عليه مجهول
لترده بين أسرين كل منهما
صالح لذلك لان ذلك الوقت
يوجب كون المنفعة
معقودا عليها وذلك العمل
يوجب كونه معقودا عليه
وليس أحدهما أولى من
الآخر والجهالة المفضية
الى النزاع تنفسد العقد
وهذه كذلك لان
نفع المستأجر في الثاني
حتى لا يجب الاجر عليه
الابتسليم العمل ونفع
الاجير في الاول لاستحقاقه
بتسليم نفسه وان لم يعمل
فان مضى اليوم ولم يفرغ
من العمل جاز أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بخطط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتياط حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند تحديد المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الخط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذلك الوقت للاستحالة لا لتعليق العقد فترفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذلك الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذلك العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضى الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا ظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أى هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تشبيه البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتى تمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذلك الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذلك العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذلك العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعى على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول وينعنه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذلك الوقت للتجمل تحكما لتفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لتكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذلك الوقت للتجمل وبيننا وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره قفيزا دقيقا على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للآخر فيه ما صرح به عن حقيقة التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو وضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعهم قال المصنف (وذلك العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذلك العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعى (قوله وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينهما وبين ما قالوا في مسألة الراعى انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار لتقديمهما في كون الاجير خاصا ومشترا كالفيل تأمل

وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على في معنى الشرط على ما عرفت في موضعه فحيث جعله شرطاً لدل على أن مراده التجهيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانت تال ان علمت في بعض اليوم وذلك يفيد التجهيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرهها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين بشرط فاسد بنفسه العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضاً على أن يكرهها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكراب فكان من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يفتيها أو يكرى أمراًها أو يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله بوجوب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يتبقى بعد المدة فيصير منفعتان في صفقة وهو منى عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتفتية ان كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٣) لا تتوقف عليه وان كان المراد به أن يكرهها امرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرهها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تنافي الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفقة يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يفتيها أو يكرى أمراًها أو يسرقها فهو فاسد) لانه يتبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله بوجوب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يتبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منى عنه ثم قيل المراد بالتفتية أن يردّها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكرهها امرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعتها في العام القابل ونفاها المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لتخرج الأرض الربيع الا بالكراب امرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعتها في العام القابل ونفاها المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

بلاذ كر خلاف ذلك فتأمل (قوله لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله بوجوب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كقوله وقيل أن يكرهها امرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة قال الشراح انما قيد بهذين القيدين أي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه

هو والصحيح لانه يتبقى منفعتها في العام القابل دون الاول (واذا استأجر أرضاً ليزرعها بزرعة أخرى لا يجوز أصلاً وكذا اجارة السكني بالسكني واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطعن له كل يوم فقيل الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذلك خلاف في مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قولها وما وماذا كرفيما تقدم استحسان على قولها اذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خير بانه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجهيل) أقول لكونه وصفاً مطلوباً قال المصنف (لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولأن بقي فكرهه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أى بأجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ذيناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحترم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخنائى فكانت منكزلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بوجود بل بمحدثان شيئاً فأجيب عن الاول بأنهم الما أقدمنا على عقدي تأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة فبالحق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالحق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء (٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما محكاً وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن نسلط طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين لأن بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

أذا شرط أن يكرهها مرتين في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكرب مرتين أو كانت تخرجه بالكرب مرة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز عبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شيء من شطرى كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد لقطع بمحصول المقصود بالعقد فقيم بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى ومحصل المقصود بالعقد به وبه كيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأني الزراعة هناك الا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الارض الربع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فأنما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لأن له نفعاً فيه والا لا يستقيم التقریب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة

بدين أى بأجرة هي دين

(٣٥ - تكمله سابع) على المؤجر) أقول يعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدر أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهم الما أقدمنا على عقدي تأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً) أقول الانسب أن يقول يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شيء فإنه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم يتحقق المجانسة الحرمة للنساء اذا لمجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لوسلم يورث شبهة في الحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لوسلم لانه يجزى الى مذهب الشافعى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها راجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلط طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزام على الباحث فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستغداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لانه هو كون لقسمة حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بكسنى دار فكسنى محمد في جوابه
 انك اطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخناق فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى
 كبيع القوهى بالقوهى نساء والخناق اسم محدث كان يشكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل
 ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة
 شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول
 ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء
 اغنايتهن في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ما ليس
 بموجود بل محدثان شيا فشيئا وأجيب عن الاول بأنهم لما أقدموا على عقد تأخير العقود عليه فيه
 ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة
 وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فيما لا لحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بمجرمة والجواب أن
 الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فيما لا لحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء بقاء
 فيه العين بمقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجوداً حدهما حكماً
 وعدم الآخر وتحقيق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول
 انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال
 معقوداً عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد
 ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الاول لان
 مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك
 الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما
 تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكم العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن
 الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول
 مرتباً على الحقيقة والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ولم يجعل
 الامر بالعكس تصحيحاً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهو وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما
 أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان
 المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لافان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك
 لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذي رددناه ما هو المعقود عليه
 حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه
 غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس بأي جواز الا انا
 جوازاً حاجة الناس اليه فأقنا اذ امكن لا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه اليه ربط الايجاب بالقبول
 كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً للعقد الا اجارة قط وان أراد
 بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله
 فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود
 عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر أنفاً واعترض بعض
 الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاماً على الباحث فانه
 يختار هذا الشق وينع استلزامه الفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو
 جائز بالاجماع فليستأمل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء

(و) الثاني (أن الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بعماله من غير مبادلة (بخلاف ماذا

اختلف جنس المنفعة) كل ركوب والبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ

بالكالئ اُجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى العقود عليه منعاه بقيام العين مقام المنفعة فيقال تسمية الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهرها واية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جزواً وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخيط الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركاً فإنه لو كان

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ماذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جزواً وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب

بجنسه والذي يحرم النساء بانقراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وعذامع ظهوره جدا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزبلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضاً لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعة ساعة فساعة على حسب حدودها على ما بيننا من القاعدة فقبل وجودها لا ينقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصور فيها التسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مختص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهى استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضى عدم جواز العتد بخلاف الجنس أيضاً قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدين اذا الدين مائت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدود المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وعوالة معاولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العمل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا هرة واحدة وهذا كله مما تقر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين يتحقق التسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيما اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها التسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بعماله من غير مبادلة انتمى (أقول) الخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بعماله من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعض هادون بعض لاختلف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البالد بل بحسب تعدد الحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات غنالك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بأن يقال والحاجة لا تنس عند اتحاد الجنس وانما تنس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لا ابتغاء الفضول انتهى تأمل توقف (قوله وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الدعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

للمستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاستئجار محض فليتأمل

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اوجب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وافرقت بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنه فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هناك تسليم المقرود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما ههنا فانه متعذر لألا فلا يجب (١٩٦) (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزم يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للاستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الزام في قوله بتوجه الزام الشافعي اما ان يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف بتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما نقرر عندنا وهذا لا يصير ذلك الزام علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محالا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندي أيضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولا بهذا السائر الشراح قط لكن لا سيما ذكر ذلك القائل بل لان تمشية استشهاده ان الشافعي ظاهر بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدارين المستأجر وغيره كشرائط الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاده الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كاه التامل الصادق (قوله ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اوجب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب ننظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزم يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

البيع تصرف حكمي) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيأ هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حقيق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يتلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر يخالف للقياس في الحاجة

(قوله اوجب بان حمل الكل حمل معين) أقول في هذا

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولا معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وافرقت بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزم يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حصة لان الجزئية تطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره) أقول واللازم العوض والعوض في شئ واحد

وهي تندفع بحجة عام لا لنفسه لمقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عام لا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً وجب عليه الاجر بخلاف الجمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما هو وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الجمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة كالجمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضاً ولم يبين أنها للزراعة وغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (٩٧) فيها يختلف فنه ما يضر بالارض أكثر من غيره)

كالذرة والارز فان ضررها بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان لاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاعدا المزرعة في بعض المدة وعرف أنه ضار وأليس بضار فتدارفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفعاها من ذلك الوقت كارتفعاها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذاهما

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالارض ما يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً صاحب العناية وانما أن يقول لا يخلو من أنه عام لنفسه فقط أو عام لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عام لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعدمه لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بحجة عام لا لنفسه لمقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عام لا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بحجة عام لا لنفسه لمقصود المستأجر ليس بتمام لانه انما تندفع بحجة عام لا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جرحه له عام لا لنفسه فقط لا تقضى حاجته بل انما تقضى حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشترع لحاجة المستأجر فقط بل انما اشترع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العام لم فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي تضرع عقداً لاجارة لها فلم يتم الجواب وزين بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بحجة عام لا لنفسه لمقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليه أن وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حل الكل لا يقدح في الكلام المبتني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الديار مثلاً ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكان اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكان اذا باع بشرط قبل حجيته وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضاً ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسئلة تكراراً لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بحجة عام لا لنفسه لمقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والمالك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع) أقول الخطأ أمر حسي كيف تصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالة على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فإن زرعها ومضى الاجل قبله المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسد افلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة التي ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر جارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

استئجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منفعته لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديرين في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحل صح ابقائه في الشائع كقولنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك لحيطة الشياخ كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا لو يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا كان العبد أجيرا وحده ذلك ليس بمقيس عليه ولا شئ أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ابقائه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ابقائه في الشائع كافي البيع بخلاف المحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يؤول إليه اقسام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه نتيجة عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك ويكون الملك مما يمكن ابقائه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ابقائه في الشائع كافي البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففي كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ابقائه ملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما ما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبد مشتركا كالحياطة الشياخ يعني ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسبا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل قبله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما فسد العقد للجهة التي تعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

فان زرعها ومضى الاجل قبله المسمى (ومن استأجر جارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة في العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لان حكم الناسد انما يؤخذ من الجواز لا من الحكم للفاسد بنفسه لان مباشرة ما مور بنقضه فلا بدوان يأخذ من الصحيح حكمه

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال الكاكي أي لا يجوز العقد أي لا يتقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاغان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجاز في وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاغان والدياس انتهى

لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الاجرة فاسدة (ثان بلغ بغداد فله الاجر المسمى)
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اخصصا قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل
أن يزرع (نقضت الاجارة) دفع الفساد اذا فاسد قائم بعد

باب ضمان الاجير

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى) وبني قوله وجه الاستحسان أن الجهةالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حل عليه ما يحمله الناس من الحمل فمعد تعين الحمل وارتفعت الجهةالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اخصصا قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان

باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وبني الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد ١٢ كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديدا لمحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهواً من النامع الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جازاً (قوله وجه الاستحسان ان الجهةالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جازاً) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاماً بنقض الحاكم لا يتقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وعام الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعامل ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد اهـ هذا وقال في النهاية ومعراج الدرابة فان قبل وان ارتفعت الجهةالة بتجديد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض بلحوازان يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقيق شيء احتمال مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولاً لا يتعين الا بتعيين ما صوناً عن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قائم بهما فكذلك تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال بتعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بدو له وفي في هذا التعليل اشكال حائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما ما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز بهذا العقد انتفاء ما في النهاية ومعراج الدرابة (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما ما تخير نزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما فلا يزول ذلك أصلاً وهذا مما لا ستره بالكلام الفصيح أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بعمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور وأساوان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جازاً بمجرد استعمال المستأجر فمضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أو لا فلا إشكال المذكور وارد جدد غير منفع بالجواب المزبور قطعاً والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي ترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدرابة

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قبل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقه اقبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فكيف يكون معرفة المعرفة على معرفة المعرفة وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجرة متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرفة وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين وإذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون

تعريفا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صححها وفسادها ساقط النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريره من الركاكة حيث فسرها الجمع بالمفرد بقوله ما هي الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفرادها والمراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فاعيل بمعنى مفاعل من باب أجر فاعيل واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فاعيل بمعنى مفاعل من باب أجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤجرا يلزم أن يكون الاجير فاعيل بمعنى مفاعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فاعيل بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجر يعني به من المريد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المريد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فاعيل مبالغة مفعول كقوله تعالى عذاب ألم أي مؤلم على رأى وقال وأما الفاعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحبيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والتدبير في انه فاعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كما صرح في خلاف ما زعم فكا أنه لم يذق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجع سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص اتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلا نه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلا نه بمنزلة

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره لكن الام اذا دخلت الجمع ولا معها ودانصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شئ لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعني لو قدم الخاص اتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلا نه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلا نه بمنزلة

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان ههنا ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت جدير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقه حتى يعمل عن استوجبه على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (المشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية

لكن قوله لان المعقود عليه يناق ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تنصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكاره ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقه وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر) فانهم ما يقولون انما تصور المسئلة في حافظة الامتعة بأجر فهاك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالملوك ختمه والحرى الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كافي المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس مقصودا أصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبتت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٣٠٩) (بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق

عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وماتلف بعمله كتحريق الثوب من دقسه الخ) ومانلف بعمل الاجير المشترك كتحريق الثوب من دقه وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الخ وغرق السفينة بفتح الرء من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تنصر مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكاره) له ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالملوك ختمه والحرى الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العين أمانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كافي المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وماتلف بعمله كتحريق الثوب من دقه وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الخ الخ وغرق السفينة من مدها مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجهه

(٣١٠ - تكمله سابع)

ينظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الواحد ومعين القصار قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمنى (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله بطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فلي تأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول قال الزيلعي بقوله ما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن على رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصالح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البرزلى معناه عمل في كل نصف يقول حيث حط النصف وأوجب الله تعالى انتهى فكانه أراد بالصالح مجازة وهو الخط وفي فتاوى قاض خان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كالأختي وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم
المشترك هنا الخ ليس تمام أما أولاً فلأن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير انما هو انما
اليه نفسه أيضاً فيما قبل بقوله أو المراد وجي الضمان وجود أو عدمه أو لا أي وان لم يكن معناه ذلك
بل كن معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلاً اذ لا ضمان
عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضاً الا في بعض صور من
مسائل الاجير المشترك وعده كاستحيط به خبر أو عداً مما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان
الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبة الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك
في المشترك وأما ثانياً فلأن الطرفين اذا كانتا متساويتين لم يمتحج هناك الى وجه ترجيح اختيار أحد
الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا
اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار
جائز وانما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار
تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة نعم يمكن منع تساوي الطرفين
فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف
الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بقول عاقبة الى الدور لان هذا حكم
لا يعرفه الامن يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفاً بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو
لم يكن عارفاً به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة
حتى يعمل عن هو فلا بد للتعريف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن
هذا تعريف للتعريف بما هو أشهر منه في فهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه
ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه
قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا
كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولاً فلأن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم
الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فاما معنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف
للخفي الخ وأما ثانياً فلأن كون الاجير المشترك خفياً وما ذكره في التعريف أشهر منه ممنوع كيف
ولو كان كذلك لم يصح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك
وأما ثالثاً فلأن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير
المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق
الاجير مطلقاً للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التجبيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه
ولو كان هذا المعنى الثالث مختصاً بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلاً فيما اذا
لم يشترط التجبيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود
عليه حكماً عاماً للاجير الخاص أيضاً فكيف يصح أن يقال في توجيهه معنى تعريف الاجير المشترك هنا
بما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير
المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى
حيث قال في تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دوري
لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة
المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق
الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خلل لأنه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكرهناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما مرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر أن ذلك حكم عام لا جبران خاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ما ذكرهناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذه الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجر المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه انما هو العمل أو أثره مستكمل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذ كرم في مختصره ولم يذ كرمه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وسدده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذ كرمه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يذ كرمه ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذ لم يذ كرمه شيء يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعروف فيسأل الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعه ود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجهيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاص بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سبقي فلا انتقاص بذلك أصلا لأن الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التجهيل يلزمه رد على المستأجر وكأن الامام الزيدلي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفه بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعلامة لان منافعه لم تقصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعني قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما أدون فيه بخلاف العين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يتبع عن التبرع وفيما نحن فيه نعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستعمل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ويجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرر ذلك القائل لما صح نفي بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرر ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيه اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح نفي بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما أدون فيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريب الثوب من دقة من صور مستثناة هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كافي البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه ههناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر ههناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمناً للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما أدون فيه كماله وصف نوعاً من الدق بخلاف نوع آخر اهـ (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يتبع عن التبرع وفيما نحن فيه نعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم نترجم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع اهـ وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم بدار على دليله

ولنا ان الداخل تحت الاذن أى الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر اما بالعقد أو لا من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيداً بالسلامة فلم يكن المفسد ما مر به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييده عمله بالمصلح لانه يتبع عن التبرع وفيما نحن فيه نعمل بالاجر فأمكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع اهـ

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول قوله الذي صفة لا أثر عن التبرع وفيما نحن فيه نعمل بالاجر فأمكن تقييده وملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع اهـ

ولو عمل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الوحدة على ما ذكره وقوله (وانقطاع الجبل)
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الجبل ليس من صنيع الاجير فاجبه ذكره (٣٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمنان العقود لا تحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنان الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعشائر أو بانقطاع الجبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يمتنع شياً لأن صاحب العناية لم ينفذ ولم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك الا لزم بناء على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة هنا لمحدث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قسوله لأنه يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فإنه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو عمل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتألف بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الجبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الجبل ليس من صنيع الاجير فاجبه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكّل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لامقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعلمه عندنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يدا الاجير ان هلك لم يضمن شيئاً كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

وبخلاف اجير الوحدة على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الجبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمنان العقود لا تحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنان الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعشائر أو بانقطاع الجبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يمتنع شياً لأن صاحب العناية لم ينفذ ولم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك الا لزم بناء على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة هنا لمحدث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قسوله لأنه يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فإنه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو عمل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتألف بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الجبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الجبل ليس من صنيع الاجير فاجبه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكّل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لامقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعلمه عندنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يدا الاجير ان هلك لم يضمن شيئاً كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يدا الاجير المشترك وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي جعله منه

أقول الحكمة كما يدرك على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على الحسنين من سبيل

(قلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء العمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فاختار اى الجنتين شيئا فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا قصد الفساد أو برغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير يطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فتردد ذكر عدم القصار وعن الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الضمان بأمر المولى واليلا ولا يقيد أنهم اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنه غير ممكن لانه أى السراية يمتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وما هو كذلك مجبول والا حذر عن المجبول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لثلاثة قاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه (٢٠٦) يمكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية انكسار ان الجلام اذا جثم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أوجب بأن ذلك يجب بقدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا يخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنابته انتقص ضمانه أوجب بأن محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ياتى له في النفس فيقتدر بدله بدل النفس كافي قطع

فصلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء العمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيمبيل الى أى الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا قصد الفساد أو برغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير يطار بزغ دابة بدائق فنفقت أو جثم عبيد بأمر مولاه فثقت فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن الدرية لانه يمتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما تقدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا وهو مخالفة الاجير لا ذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجب من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وجمامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احداهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فاستفاد مجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري قلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجليدة والاخر غير مأذون فيه الموضع وهو قطع الحشفة فكان ضمانا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوى في السبب وقد اتفق لان قطع الحشفة أشد اقضاء الى التلف من قطع الجليدة لاحالة فكان كقطع اليد مع حر الرقبة أوجب بأن كل واحد يشتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدر باختلاف الحر فانه لا يشتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله قلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهالك) أقول فيه بحث (قوله ويقيد أنهم اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكور في الروايات يقيد بتقييد الحكم عما عداهم (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يمتنى عليه أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكرناه زيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يمتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونه في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدمه يمتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالخاء المهملة

قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمه شخصاً أولرى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك عمله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أى ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقه له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فإنه روى عن محمد في خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهم ما وذلك العقد قد انتهى بتسام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعلياً أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٧ + ٣) ما اذا فتقه أجبري لانه يفتق الاجبري لا يمكن أن يجعل كأن

الخياط لم يعمل أصلاً ولو كان أجبراً خاصاً فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غضب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم في عمله أو تحرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد

قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمه أولرى الغنم) وانما سمي أجبراً وحده لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقه له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة في يده لانه قبض بأذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالباً فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة لاسأ أجر فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصير نائباً عنه فيصير فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الخامة بأمر المولى والهلالك ويفيد أنهم اذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فإنه جعل الهالك أيضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد الا لشك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما ما نوتنا من البيان مخصوص به والهلالك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فإنه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهالك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فان أهل اللغة فسر واعطى بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك عمله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هنالك عن الاراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتشبه ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تداركه هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضراراً كذا لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فمات معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الآن بصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الامانة على حفظه (والاجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالباً فيؤخذ

الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الخامة بأمر المولى والهلالك ويفيد أنهم اذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فإنه جعل الهالك أيضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد الا لشك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما ما نوتنا من البيان مخصوص به والهلالك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فإنه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهالك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فان أهل اللغة فسر واعطى بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك عمله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هنالك عن الاراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتشبه ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تداركه هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضراراً كذا لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فمات معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الآن بصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الامانة على حفظه (والاجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالباً فيؤخذ

فيه بالقياس وأما الثاني) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة لاسأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصير المأمور) أى الاجير (نائباً عنه فيصير فعله منقولاً اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

(قوله فعليك عمله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجبراً خاصاً فنقضه) أقول يعني نقضه أجبري (قوله لحصول القبض بأذنه) أقول القبض بالاذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ والاطهر أن يقال وكذا عندهم لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجبر الواحد فبقى على القياس

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد كفي هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال (٣٠٨)

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للحياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته برعقران فبدرهمين وكذا اذا اخيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهر الخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا اخيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا اخيره بين ثلاثة أشياء وان اخيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم)

بأخذ الاما بقدر على حفظه كذا في العناية أخذ من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالنسيان انما نشأ من الداليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لتسليط بقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذا تظاهر أن ما ذكرهنا حكمه باضمان الاجير المشترك وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمه بان ذلك لا تنافي بينهما ما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمه لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكره فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معادليلا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد كفي هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهة التي في طرف الاجرة ترتفع كذا كروا أو أيا الجهة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله أجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فتتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعمين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرّد العقد فلا ترتفع الجهة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاحرة في باب الاجارة لا يجب بمجرّد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهة لا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء رائد على ما ذكره في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهة التي في طرف العين المستأجرة تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهة ترتفع عند وجود العمل كالايجب فليتأمل

(واذا قال للحياط الخ) اذا قال رجل للحياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فذلك درهم وان خطته روميا فذلك درهمان جاز بالاتفاق وأى العملين عمل استحق الاجر السمي له وكذلك اذا كان التريد بين الصبغين أو الدارين أو الدابنتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار

واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطه غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للحياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبل تعليقا

ليس هذا تعليقا للعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاءني يد فقد أجرتك دارى هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول بمعنى خيار التعمين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أيام ما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الزاحد قبول بل يبدلين على البذل وذلك يقتضي الى الجهة المقتضية الى التزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله من نفسه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في العقد استحق الاجر فكذا عهنا وذكر الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله من خطبه غدا بنصف درهم كان لترفيهه فكذا عهنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلا نذكر الغدا اذا كان لترفيهه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلا نذكر العقد الممنوع في اليوم بان لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان

(٣٠٩)

في اليوم بان لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى

تسميتان لان مضافا الى العمل الواحد يبدلين على البذل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهة التي تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم وله ما أن ذكر اليوم للتوقيف لانه حقيقة فكان قوله ان خطبه اليوم فبدرهم مقتضرا على اليوم فبأنقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل للتعلق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخطيئة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد لترفيهه فيجتمع في كل يوم تسميتان وله ما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصودان منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخطيئة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد لترفيهه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطبه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في العقد استحق الاجر فكذا عهنا وذكر الغد لترفيهه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطبه غدا بنصف درهم كان لترفيهه فكذا عهنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلا نذكر الغدا اذا كان لترفيهه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلا نذكر العقد الممنوع في اليوم بان لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لان مضافا الى العمل الواحد يبدلين على سبيل البذل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يقتضي الى التزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهة التي تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومما دلل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلة بدلان على سبيل البذل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله وله ما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليله ما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامام جعلا اليوم في مسألة أن يستأجر ليعتزل اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلزم ان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامام جعلا اليوم ههنا على التوقيت لكون

(٣٧ - تسكمه سابع)

والمعمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التحمل والبيع زيادة فائدة فيقوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا قصارا باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخطيئة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهة التي تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعلق لكان ان وجوبه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييم بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله آفان من أن ذكر اليوم للتأقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فمأمل ويجوز أن يحتمل الكلام على الالتزام

(ولابي حنيفة أن ذكر الغدلة تعليق حقيقة) أي لإضافة ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة بل لأن التسمية الأولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغدلة تعليق أي التعليق أسبق بالتأخير وهو يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز والمصير إلى الجواز وإذا كان الإضافة لا يجمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الاجبر متروكا وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجبر وحدودهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

ولابي حنيفة أن ذكر الغدلة تعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل

عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وقد كرر الوقت يوجب وجوب اعنته لم النفس في المسدة وتنافي الوازم يدل على تنافي المزومات

قال المصنف (ولابي حنيفة أن ذكر الغدلة تعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قيل إذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يهيم أنه حمل على مجازها هذا المنطوق أن القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعيين الجواز كافية في الحمل على الجواز على ما عرفت ثم لو جعل المنطوق من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لا ندرأه

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها إلى الجواز عسدهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعل اليوم في مسألة الخطب للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة إلى الجواز هناك وهو يصح العقدان الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هناك بجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصحهما واتخذ أفصح عما ذكرنا نأج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خطب الخاتم للتجمل فما له مالم يجعل كذلك هناك فتناقلت هناك على الجواز تصحيح العقد وشهنا جاز على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابي حنيفة أن ذكر الغدلة تعليق حقيقة) ومراعاة بالتعليق الإضافة أي الإضافة حقيقة لأن الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للإضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالإضافة ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لأن التسمية الأولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغدلة تعليق أي لتعليق الخطب بالتأخير وهو يقبل التأخير إلى هنا كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق حظ النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويفسد الثاني أذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الأولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فيجوز ذلك المعنى فهنا فساد لدليل أبي حنيفة بل لمعاد أضاف كما أنه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الإضافة لأن تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حظ النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز بذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذور الاستلزام تجوز أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانه ما يقول لا يجمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز بذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الاجبر مشتركا وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجبر وحدودهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وقد كرر الوقت يوجب وجوب اعنته تسليم النفس في المسدة وتنافي الوازم يدل على تنافي

في الاجرم تنافي في اليوم ونقص متى أخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريبه المزومات ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فتأمل وفي كتاب الصرف في مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام (قوله لأن التسمية الأولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة التماثل على ما عرفت

ولذلك عدا لنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل (وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة المختام (٢١١) فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وهما للتعجيل وصحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الجدل على الحقيقة مفسد للعقد فنعنا ذلك عن الجدل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل له على المجاز فكان التأقيت مراداً وفسد العقد ورد بأن دليل المجاز قائم عنه وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجرة المثل ففسد اختلاف الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجرة مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

الملزومات ولذلك عد لنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكك هذا بمسألة الرأي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحتمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحمد بل يعتبر الاجير أجيراً مشتر كان وقع ذكر العمل أولاً وأجبر وحدان وقع ذكر المدة أولاً ولا صرح بذلك في عامة المعتمديات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسألة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسألة المختام جعل ذكر اليوم للتأقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدا لنا عن الحقيقة وصبرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يرقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مراداً ففسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالاً وجواباً فخلصهما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم عنه وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكك الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسألة أخرى مدكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلا أجر لك قال محمد في الامالي ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعه لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد الاتسمة فيه فيجب أجرة المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسألة كما أفسده في حالة الانفراد مع انه لم يرقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه في ما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غداً فلا أجر لك لا يكون دليلاً على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلاً على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكتابة في الغد واذا كان التوقيت مراداً بذكر اليوم في تلك الصورة يشكك الفرق بينهما وبين مسألة المختام جسد على قول أبي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر قائم بتدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأساً اذ لا نسلم أن أبا حنيفة جعل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضاً من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الانفراد وانما يتبع

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التعجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر قائم بتدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد قبل الزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حداد فبدرهمين (٣١٢) ولو استأجر دابة الى الخيرة على أنه ان حمل عليها كرشعير فبدرهم وان حمل عليها كرشعير فبدرهمين

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد قبل الزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حداد فبدرهمين جازواي الاخرين فعمل استحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا لا اجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حداد فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الخيرة فبدرهم وان جاز به الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئيين وكذلك الاجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهتان فان قيل مسئلة الخطاطة الرومية والفارسية فيها جهة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخطاطة الرومية والفارسية لان الاجر منه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخليصة في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الاجر بالتخليصة والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما

عليها كرشعير فبدرهم وذلك كانه جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الخيرة فبدرهم فان جاز به الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئيين وكذلك الاجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهتان فان قيل مسئلة الخطاطة الرومية والفارسية فيها جهة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخطاطة الرومية والفارسية لان الاجر منه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخليصة في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الاجر بالتخليصة والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما

ولابي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين يصح كافي مسئلة الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه بخلاف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أي اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والاجارة جواب) عن قوله يجب الاجر بالتخليصة الخ وتقر به أن الاجارة (تعد للارتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الارتفاع مع السكن فذا ولا معتبر به (قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجرة المثل بالغام بل للفروق الظاهر بين الجهتين فان ههنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة

ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

مختلفين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة معه عند ما مع أنه جائز عند
احتيانا وفاقا لا عند زغرانتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة
المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد في وجوبه من قطع المسافة
المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر
بيعداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها
وجبت الاجرة انتهى في مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهة التي يقطع مسافة من تلك
المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل
الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى الإيجاب الاجر بمجرد التسليم والتخليه بأن يعلم العين المستأجرة
الى المستأجر ولم ينفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين الذين سمي في العقد للتيقن به
(أقول) القائل أن يقول لو جازا لاختار بالاقول في دفع الجهة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه
متيقنا لبحث الاجارة فيما اذا سمي لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البديل كأن
قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ويجب
أقل الاجرين الذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرف شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد
منحط الدرجة عن الحرف فأنحط ذكره عن ذكر الحرف لذلك انتهى واقضى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا
الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة
تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا ح إلى من
وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحرف فأنحط ذكره عن ذكر الحرف
لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحيوانات والحمام والدواب وذكر
هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما
ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط
الدرجة عن الحرف لانه لا لابة له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد
المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا اصاله
ولانيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن
الانواع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقبدا على
النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا
بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة
وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكره الشرطان الى غير ذلك من
المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب
الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكسيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا
يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحدو حدوه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى الإيجاب

بمجرد التخلية) بأن

العين المستأجرة ولم

به حتى يعلم المنفعة

أقل الاجرين للتيقن

باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد

اجارة الحرف لا يحتاج الى

لظهور وجهه بالحق

درجته

باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر

العبد) أقول أي

واجارة الغير اياه

استطراد او قد يقدم

الذكر ما ذكر استطراد

كما سبق في باب الع

والخراج فعلى هذا الاجا

مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبد الخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعده فكذلك المستأجر وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعده لأنه لا يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣١٤) ونوقض عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يترك رقبته وأجيب بأن مؤونة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة العبد اياذ كرت استطراداً وقد يقدم في الذكرا ما يذ كرت استطراداً كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولاً فلا لأن الاجارة في اللغة اسم للاجرة وشي كراه الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع محي مع هذه الكلمة مصدر راقط وأما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيده عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة هي ما مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانياً فلا لأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اية عمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر مما ذكر فيه استطراداً كما يقتضيه قوله واجارة الغير اية كرت استطراداً مما لا يتقبل فطره سليمة ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من تلك الصور بين حكم خاص يتعلق بالعبد كما يوضح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرفق مسائل خاصة تتعلق بهذا كرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لان انحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لان انحطاط درجة العبد عن الحر وجها جارياً في صورتين معاً مثلاً للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف من هذا المبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يحجر الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه فاعلمه ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملازمة فتشمل ما كان العبد متصرفاً في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملكه منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يترك رقبته وأجيب بأن مؤونة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضته (قوله وأجيب بأن مؤونة الرد في باب الاجارة على الاجر الخ) أقول في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني واذا استأجر عبدا بالكوفة ليسخدمه ولم يعين مكاناً للخدمة كئله أن يسخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به عن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجازات الاصل وذكري صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحلي في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأقضية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأقضية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسألة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسألة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكي عن الفقيه أبي اسحق الحائقي أنه كان يقول لاروايه عن محمد في فصل الاجارة فلما قيل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولما قيل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجازات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسألة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقر رحقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر ما يلتزمه من مؤنة الرد ورجاءه
على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالخارج الى السفر يلتزم مؤنة الردوله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان
المعلل احتاج الى أن يضم الى عتسه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال
لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالولى فان المولى له المنفعة على (٢١٥) الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس

المستأجر كذلك بل يملكها
بعقد ضرورى يتقيد
بزمان ومكان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى
والعرف يوجب له أو دفع
ضرر مؤنة الرد على
ما ذكرنا يوجب له (ولهذا
جعل السفر عذرا) يعنى اذا
استأجر غلاما لخدمته في
المصر ثم أراد المستأجر
السفر فهو عذر في قسح
الاجارة لانه لا يتكسر من
المسافرة بالعبد لما ذكرنا
ولو منع من السفر تضرر
فكان عذرا في قسح به
الاجارة (قوله فلا يلزم
اشتراطه) متعلق بقوله
فلا ينتظمها الاطلاق
(ولان التفاوت بين
الخدمتين ظاهر) فصار
كالاختلاف باختلاف
المستعملين (فأذا تعينت
الخدمة في الحضر عرفنا
لا يبق غير هاداخلا كما في
الركوب) فانه اذا استأجر
دابة ليركب بنفسه ليس له
أن يركب غيره لالتفاوت بين
ركوب الراكبين فكذلك
ههنا

ولهذا جعل السفر عذرا فلا يلزم اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين
ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبق غيره هاداخلا كما في الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقر رحقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم
المؤجر ما يلتزمه من مؤنة الرد ورجاءه على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعى عليه
فالمدعى بالخارج الى السفر يلتزم مؤنة الردوله ذلك كذا في العناية أخذنا من النهاية (أقول) لقائل
أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدّر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الردوان لم يرض
به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر
بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة
مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا مالم يشترط ذلك فقامل وطعن
صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن
يضم الى عتسه وهى قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل
الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف يوجب له أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجب له انتهى كلامه
(أقول) فيما استصوبه نظرا لانه ينفذ بصلح الاشارة ان المصالح أيضا لا يملك منافع العبد
على الاطلاق كالولى بل هو أيضا يملكها بعقد ضرورى هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد
بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في
الحضر لا يبق غير هاداخلا كما في الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا
انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد رأسا
بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذى هو الخدمة في الحضر ومدار الثانى على ان كل
واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا دخلت تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة في الحضر
تعين بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد بعد تعينها لا يبق المحال لاخرى كما في الركوب فانه اذا
أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبته أولا لتعينه
للكوب فكذلك ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط
والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى
المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد
ورجاءه بذلك على الآخر فيتعين موضع العقد مكانا لا لا استيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعنى كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقد وداليه
وأشبهها لما أنه ليس عقد ابرأه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والاخا الفرق والجواب أن
الفرق واضح فان المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أى يلزم الآخر (قوله وليس
المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

(ومن استأجر عبداً مشهوراً عليه شهر) فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحقاقاً وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تنسخ الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا ذاك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالتعب والاجر والنسيان لا يجتمعان (وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً منار على اعتبار الاله لذلك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترد منه) قال (ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فآخذ الغاصب الاجراً كما لم ينش عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن لاداء كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت (٣١٦) على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمجور مأذون في المنافع ولا يبي حنيفة

ان النسيان انما يجب بانلاف مال محرر لان النجوم بالاحراز وهذا المال غير محرر في حق الغاصب اذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست به ما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استملك ولد الموصوبة ضمنه ولا احراز فيه اوجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محررة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محررة (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذوناً وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له التبرع

(ومن استأجر عبداً مشهوراً عليه شهر أو أعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر) وأصله ان الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا ذاك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ المسافر على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه (ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فآخذ الغاصب الاجراً كما لم ينش عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله ان النسيان انما يجب بانلاف مال محرر لان النجوم به وهذا غير محرر في حق الغاصب لان العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهرين شهرين شهرين) وشهراً بخمسة فهو جائز الاول منهم اباً أربعة لان الشهر المذكور أو لا ينصرف الى ما يلي العقد يحجز بالجواز ونظر الى تحرير الحاجة

انتمى (قوله ومن استأجر عبداً مشهوراً عليه شهر أو أعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبداً مشهوراً عليه شهر أو أعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتني أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبداً مشهوراً عليه شهراً كتحريه فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مره ان الاجير يصير بذكرا او وقت اجير اخصا او قد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهر للاخدمة أو لرى الغنم فباعه في اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة ثم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر ان يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر لانه لم يذكرك هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتماداً على ظهور كونه مراداً فان قلت من زاد قية فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذا لم يتحد بينهما ولا استلزام فان العمل بوجوده دون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقاً وتسليم النفس بوجوده دون العمل في الاجير اخصاً الذي سلم نفسه ولم يعمل فواجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف ان تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أو لا ينصرف الى ما يلي العقد يحجز بالجواز ونظر الى تحرير الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وقائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد الموصوب هذا نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهرين شهرين شهرين) وشهراً بخمسة فهو جائز الاول منهم اباً أربعة لانه المذكور أو لا ينصرف الى ما يلي العقد يحجز بالجواز) وذلك لانه لما قال شهرين اباً أربعة على سبيل التذكير كان محجولاً ولا اجارة تفسد بالجهالة فصرقناه الى ما يلي العقد يحجز بالجواز كما لو قال استأجرت مثلك هذا العبد شهر او سكنت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظر الى تحرير الحاجة)

(قوله اوجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محررة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الا ان من أن العبد لا يحجز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرراً في حق المالك

فان الانسان اغما يستأجر الشيء لحاجة تدعو الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر اجمهوا ولا المذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي غذا شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهرا وخلافا لقوله فيتم حج بحكم الحال فانه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناءً (٢١٧) لان المصنف أشار الى دفعه بقوله

وهو يصلح مر جحان لم يصلح حجة في نفسه وبما أنه الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعراض ما يوجب السقوط ففعل الحال مر جحان الكلام المؤجر لا موجب للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر الخ) أقول فيه بحث فان المصنف اغما يستدل بتسكير شهرين بالتسكير شهرين فلامساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرين وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التسكير فاتمه ادب هذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا كافي الكتاب بجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب

فمنصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبطه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبق أو مرض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتي بساعة فالقول قول المستأجر وان جاءه وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانها اختلفا في أمر محتمل فيتم حج بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مر جحان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

هذا التعليل انما يستقيم اذا انكر الشهر وهما عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجر منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فينفي التسكير فصلح التعليل بتجبر الحاجة لاثبات التعمين الى هنا كلامه واقفي أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المثال ولكن بنوع تغيير تحري في أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر اجمهوا ولا المذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي غذا شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة (أقول) لا الشبهة شيء ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتسكير شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تسكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الاول منها بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تسكير كل واحد منهما ما واهما فاحتج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تسكير عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو الحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقصدا على كلام المستأجر في العقد وليس ذلك بلازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه ايجابا فان اقبل الآخر الزم العقد فعمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة

(٣٨ - تكمله سابع) بأن المذكور (أقول المجيب هو الامام جعفر الدين الضري في حواشيه على الهداية ثم قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كسيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والاسي جابي والمعيبة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله هذين بل فيه اذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجده مخلصا سوى هذا انتهى ويقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتسكير وانما ذكر المصنف معرفا فانظر الى تعيينه المالى حيث ينصرف الى ما يلي العدة فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله فبإيه وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب الصباغ أمرتك أن تصبغه أحر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الأذن يستفاد من جهة الأثرى أنه لو أنكر أصل الأذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفة لكنه يختلف لأنه أنكر شيئا وأقر به لزمه قال (واذا حلف بالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الإطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة محال فالما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعيينه سميان عند تنكير شهر في شهرين بأربعة وشهر اجمعة لما بيناه في رد الشبهة أنقوا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالنكير وانما ذكر المصنف معر فأنظر الى تعيينه المألى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا إذا ذهب علمك أن قوله شهرين بأربعة وشهر اجمعة من كلام المستأجر وأنه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المحمل لفظ المصنف والمفضل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبد ابل هو متمش في صورة ان كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والافسكين من الاحكام المذكورة في الاواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الامر على الأكثر اذنا لم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لا تنافي نفسه وعياله وأيضاً لو كان بناء الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذا اختلف انما يكون بعرض (قوله واذا حلف بالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط نو بالخيطه قيسا بدبرهم فخاطه قيسا كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانوا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خاف فخاط قيسا وهذه اختلاف في أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلة كيف يتخذ الجواب وأجيب بأنه اختلفت صور المسئلة ابتداء ولكن اتحدت بانتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاخر اعتبارا فكنا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ذلك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أنا وأولادنا لما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقر راعدهما فيجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لأن الاختلاف انما يكون لعرض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقد عليه كالقباء والقيص في الخياطة أو الجرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رجحهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفة لكنه بعد اليقين لانه أنكر ما لو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خطاط ثوب الخيطة فقصا درهم
فخاطمه قباء واعترض بأن هنالك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وهما قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك
وأجيب بأنهم استلها انتهاء الابداء لانه كره هذا الحكم بما بعد عين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق في الخلاف
الا خراعتبار فكنا في الحكم في الانتهاء سواء ذكر في بعض نسخ القدر في ضمنه أي ضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة
الصباغ في الاول أو أعني قوله لا يجاوز به المسمى فظاهر الرواية والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصباغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه
النظام وهو الاصح أن الصباغ آلة لا عمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخرض والصباغ في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتركا
للاصباغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في
وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٢١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه يذكر تقوم عمله لان
تقومه بالعقد وينكر
الضمان والصانع يدعيه
والقول قول المنكر وقال
أبو يوسف ان كان
الرجل حر يقال أي خليطا
له وذلك بأن تكررت تلك
المعاملة بينهما بأجر فله
الاجر والا فلا لان سبق
ما بينهما بأجر يعين جهة
الطلب بأجر جري باعلى
معتادهما وقال محمدان
كان الصانع معروفا فله هذه
الصنعة بالاجرة فالقول
قوله لانه لما فتح الخافوت
لاجله جرى ذلك مجرى
التنصيص على الاجر
اعتبار الظاهر والقياس
ما قاله أبو حنيفة رضي الله
عنه لانه منكر وما ذكره
من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخبر في مسألة الصباغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان
شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصباغ فيه لانه
بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب)
عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر
(وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقال أي خليطه) (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما ما يعين
جهة الطلب بأجر جري باعلى معتادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفا فله الصنعة بالاجرة فالقول
قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله
أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا
فبالمطابق الاول اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل
والفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فاعني قوله مع أن التشبيه غير القياس فهو لا دلالة له
هنا (قوله والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة
ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون جهة الدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق
بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا
ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر جهة للاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه
فانهم من الأدلة القليلة الظنية فوجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول والله الموفق
للصواب واليه المرجع والمآب

باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا الفسخ يعقب العقد لا المحالة

(قوله واعترض بأن هنالك اتفاق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بالمطابق الاول اذا اختلفا مع أن
التشبيه غير القياس ودليل المسئلة من ماسمى في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفا الخ)
أقول قال الزيلعي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعلمه الفتوى وما في شرح
الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جسد الشيخ الامام المحمدي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من
الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) فتمنع الاجارة لعبوب تصرف بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجابها وكذا بالاعذار عندنا خلافاً لما في فاذ استأجر داراً
(فوجد بها عيباً يفسد بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبد الخدمة فذهب كاتاعينيه وأما اذا كان عيباً لا يفسد كالحائط سقط لم يكن
شأناً له في السكنى أوردت إحدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع
وانه لو جسد ما فسخاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة ابتداء فكان العيب حاداً قبل القبض وذلك لوجوب الخيار كافي البيع
وعلى هذا ان فرق بين أن يكون العيب حاداً قبل قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه
وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة بقدرضى بالعيب قبل قبضه جميع البديل كافي البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له
الرجوع بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لاختيار المستأجر لئلا يزال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن
الرحى انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٢٣٠) أصحابنا وصح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

الدار كلها فله أن يخرج
سواء كان صاحب الدار
شاهداً أو غائباً فيه إشارة
الى أن عقد الاجارة يفسخ
بأنه مدام الدار لا تزل لم يفسخ
العقد بشرط حاضرة صاحب
الدار لا يرد بعيب وهو
لا يصح الا بحضرة المالك
بالاجاع واستدل المصنف
على ذلك بقوله (لان المعقود
عليه قد فاته وهي المنافع
المخصوصة قبل القبض
فشابه فوات المبيع قبل
القبض وموت العبد
المستأجر ومن أصحابنا من
قال ان العقد لا يفسخ
(وصح النقل بما روى هشام
عن محمد بن استأجر داراً
فأنه لم يفسخ فبما المؤجر ليس
للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر
وهذا تنصيص منه على
أنه لم يفسخ لكنه يفسخ)

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يفسد بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وأنها لو جسد شيئاً
أقساماً فكان هذا عيباً حاداً قبل القبض فيوجب الخيار كافي البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة
بقدرضى بالعيب قبل قبضه جميع البديل كافي البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فبلا خيار للمستأجر
لئلا يزال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت
الاجارة) لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض
وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاته على وجه يتصور
عودها فأشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الاجر لو بناه ليس للمستأجر أن يمنع ولا لا اجر
وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطين
فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة
لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد
لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد
المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قال في العناية لان الانتقال من
المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة على
المنافع فساو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا بانتقال المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه
بحث لانه قد مر في أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تلك بأحد معان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو
بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في صورتين الاولين فيما اذا مات
المؤجر لم يلزم القول بانتقال المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته
بتجهيل الاجرة أو بشرط تجهيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

الدار كلها فله أن يخرج
سواء كان صاحب الدار
شاهداً أو غائباً فيه إشارة
الى أن عقد الاجارة يفسخ
بأنه مدام الدار لا تزل لم يفسخ
العقد بشرط حاضرة صاحب
الدار لا يرد بعيب وهو
لا يصح الا بحضرة المالك
بالاجاع واستدل المصنف
على ذلك بقوله (لان المعقود
عليه قد فاته وهي المنافع
المخصوصة قبل القبض
فشابه فوات المبيع قبل
القبض وموت العبد
المستأجر ومن أصحابنا من
قال ان العقد لا يفسخ
(وصح النقل بما روى هشام
عن محمد بن استأجر داراً
فأنه لم يفسخ فبما المؤجر ليس
للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر
وهذا تنصيص منه على
أنه لم يفسخ لكنه يفسخ)

واستدل على ذلك بأن المنافع فاته على وجه يتصور عودها فأشبهه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى
والبيت مما ينتفع به لغير الطين فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أوردته استشهاده على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء قال
(واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد
مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة
لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا بانتقال المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله بزيادة لاطائل تحته بل محل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو
ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعاقبة مستحقة لا بالاموكة وقوله لانه ينتقل مبهني على الفرض والتقدير والمبني
لربقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد
في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد والوارث المستأجر

وأما إذا عقد هذا الغير كالكيل والوصى والمتولى في الوقف (لم تنسخ لانه دام ما أشرنا إليه) وهو ضرورة المنفعة لغير العاقد منحة
بالعقد لانه ينقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجب وزلان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في
الابتداء كان واقعاً لغير العاقد وبقى بعد الموت كذلك ونؤخر عما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط
الطريق فان استأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المنة اذ ين وقد عقدت لنفسه ولم ينسخ العقد وأجيب
بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجرد دابة أخرى في وسط المعازة ولا يكون غم قاض يرفع الامر اليه فيستأجر
الدابة منه حتى قال بعض مشايختنا ان وجدته دابة أخرى يحمل عليها امتاعه (٢٢١) تنقض الاجارة وكذا الوفاة في موضع فيه

قاض تنقض الاجارة لانه
لا ضرورة الى ابقاء الاجارة
مع وجود ما ينافي بالبقاء
وعدم موت المؤجر واذا
ثبتت الضرورة كان عدم
الانفساخ بالاستحسان
الضروري والمستحسن
لا يورده نقضاً الى القياس
كناهيها الحياض والاواني
ونوقش بما اذا مات المولى
فانه تنسخ الاجارة ولم يعقد
لنفسه وليس بالازم فانا قد
قلنا ان كلمات العاقد
لنفسه انفسخ ولم يلتزم
بأن كلما انفسخ يكون بموت
العاقد لان العكس غير
لازم في مثله ووجه نقضه
هو أن المعنى الذي انفسخ
العقد لاجله اذ مات العاقد
لنفسه وهو ضرورة المنفعة
المملوكة أو الاجرة المملوكة
لغير من عقده مستحقة
بالعقد موجود فيه فالنسخ
لاجله قال (ويصح شرط
الخيار في الاجارة) اذا استأجر
دار اسنة على انه أو المؤجر

(وان عسدها لغيره لم تنسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى في الوقف لانه دام ما أشرنا اليه من
المعنى قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه
رد المعقد عليه بكامله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل
ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد مدعوم لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع
والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقد وعليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا
بخيار الشرط

الاجرة والظاهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر
والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقل عن المبسوط حيث قال
فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر
وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقد وعليه لان رغبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث
على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تتحدد في حق المعقد وعليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له
ولاية الزام العدة في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى
على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذ مات لا يخلفه وارثه في المنفعة
وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافه ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين إما يكون ملك
المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى
لتورث والتي تحدث بعدهم لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فاما الملك لا يبقى الوجود واذا ثبت انتفاء
الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط
الى هذا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقد عليه بكامله لو كان الخيار
له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل
لشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل
على صبيغ ثوب أو خياطة ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار السكنى وأرض للزراعة والدليل
المرجور لا يتشبه في النوع الاول أصلاً لان عدم امكان رد المعقد عليه بكامله وعدم امكان تسليمه أيضاً
على الكمال انما يشأ من أن يتلف شيء من المعقد وعليه بمضي مدة الخيار كإتباعه في الكافي والشروح
وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقد عليه قبل العمل قطعاً وكذا لا يتشبه في بعض من النوع الثاني
وهو ما لا يتعين المعقد وعليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدار معلوماً أو

فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقد عليه بكامله لفوات
بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان
القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد مدعوم لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز
اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد مدعوم يحتاج الى التروى لم لا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقد وعليه فيه
لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد مدعوم لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيه لا يصح

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد في البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه ذواتها) لان التكليف انما يكون بحسب الواسع (ولهذا) أي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعدم مضى بعض المدة) لان التسليم بكامله غير ممكن وهذا عندنا خلافا لما في قول في البسوط اذا استأجر دار سنة ولم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطالب ثم تخلف كالمسافر ان يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر ان يمنع (٣٣٣) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه ذواتها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعدم مضى بعض المدة (وتفسخ الاجارة بالا عذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليه فانما شبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها انفسار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى بجمعه ما هو غير العاقد عن المضى في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كن استأجر حذاء ليقطع ضرره لو جع به فمكن الوجع أو استأجر طبيا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان في المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دارا كان في السوق ليحرقه فذهب ماله وكذا من أجزر دكا أو دارا ثم أفلس وزمنه ديون لا يقدر على قضاء الا بئنه ما أجزر ففسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الخس لان قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله ففسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يقتصر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركبهامسافة مما اذا وانما يتشبه ذلك فيما يتبع من العقود عليه فيه بالمقدم من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المار بورق اعراضا عن افادتها ادعاء الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا لئلا يمتل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها انفسار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العزاقول بفسخ الاجارة بالا عذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل مجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لا احتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهه ورأى العلماء على القول بعدم الفسخ العذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو كثر من يقطع ضرره فبرأ وانفلق قبل قلعه أو كثرى كما لا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يباس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالا عذار أن لا يصح القول بذلك فان الصحابيين أحيد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقر في علم الاصول فيكفي تحقيق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذا المعنى بجمعه ما هو غير العاقد عن المضى في موجهه لا يتحمل

بين ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذافات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخبر فيما بقي لاتحاد الصفة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ فلما الاجارة عقوبة متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان نزع آخر لنا لا استثناء هاد حيث لم يكن الخصم قائما لا به قال (وتفسخ الاجارة بالا عذار عندنا) تفسخ الاجارة بالا عذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب) بناء على ما صرحا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها انفسار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز الفسخ بجمع

الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضى في موجب العقد لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لو جع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليقطع وليلة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع به دلا كلة وقعت به ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر وانما ذال ليلة وقطع اليد لا محالة لان في المضى عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الاقتدار اليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما هو غير مرة وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمجرب في قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهرا) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خالوا موضع بينها (قوله ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) (٣٣٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما أجر
اختلفت ألفاظ الروايات
وقال شمس الأئمة الصحيح
مسن الرواية ان البيع
موقوف على سقوط حق
المستأجر وليس للمستأجر
أن يفسخ البيع واليه مال
الصدر الشهيد وقوله
(أما الذي يخبط بأجر فرأس
ماله الخيط والخيط
والمقراض فلا يتحقق فيه
الافلاس) قيل وقد يتحقق
افلاسه بأن تظهر خيانتة
عند الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه أو
يلحقه ديون كثيرة
ويصير بحيث ان الناس
لا يأمنونه على أمتعتهم
(قوله ومن استأجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر) قيل فان قال
المؤجر انه لا يريد السفر
ولكنه يريد فسخ الاجارة
وأصر المأجر على دعوى
السفر فالقاضي يسأله عن
يسافر معه فان قال فلان
وفلان فالقاضي يسألهم
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر ان كان غير ظاهرا كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر رائد لانه بما يذهب للمح فذهب وقسه أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدله لكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يبعده ويبحث الدواب على بدله أو أجيره (ولو مرض المؤجر ففقد كذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره في دفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفتقر الاسترخاء وانما أمر رائد (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لقوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخبط بأجر فرأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصر فليس بعذر) لانه يمكنه أن يبعده الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصر في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة للخياطة فأراد أن يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر رائد لان خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعدة فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا أجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

ضرر رائد لم يستحق بالعدة وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهم ما قسمنا نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدر أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدر في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشب به في ترويح نظره هنا أضعف من بيت الغنكبوت ثم ان ما ذكره كاه منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا على القياس

أولان قالوا ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الرزية وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالتقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انه عزم على السفر

(قوله وفيه ما هو غير مرة) أقول من أن خلاف الشاعبي متأخر فكيف يبنى أعتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتقائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدله مشعر والمعنى بدله رأى أى ظهر له رأى يمنع من السفر

مسائل مشورة

معنى المسائل المشورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والحصاد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما سبق من أصول القصب المحصود في الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال في النهاية بالنون من هـ دن أي سكن وفي نسخة هادئة من هـ دن أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطرية اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور وعند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في د كانه رجلاً حاذقاً لقيمة قبل صاحب الدكان العمل من الناس (٢٢٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم أنصفين جازاً استسأنا وفي القياس

مسائل مشورة

قال (ومن استأجر أرضاً واستعارها فأحرق الحصاد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدي في هذا السبب فأشبهه حاقراً البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة تضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

مسائل مشورة

أي مسائل نثرت عن أما كم أوردت ههنا في المسائل (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروفاً وهو رجل مشهور وعند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيمقعدي دكانه رجلاً حاذقاً لقيمة قبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجهول لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه نصف ما يعمل وذلك أيضاً مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لأن ههنا شركة المتقبل في العمل بأبدانهم ما سوا فيه صير رأس مال أحدهما المتقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الأجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان أن ههنا ليست باجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم ما أو أحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحدائقه وهو متعارف فوجب القبول بجوازها للتعامل بها كلاً من ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة اه (أقول) منشأؤهم جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وجعل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك يبرر ادبل الواو فيه للحال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجهول وأن تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من دكانه نصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رجه الله مال إلى وجهه القياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن ههنا ليست باجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم ما أو أحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحدائقه وهو متعارف فوجب القبول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فان قيل

مسائل مشورة

(قوله فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضاً ومن قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة (قوله أوجب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وعذا بمحذاقته (٢٢٥) يدل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وعذا بمحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا
تضره الجاهة فيما يخصه - قال (ومن استأجر جلا يعمل عليه محملا وراكبين الى مكة جازوله المحمل
المعتاد) وفي التماس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد نفى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان
أن المقصود هو الركب وهو معلوم والمحمول تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالنسبة الى المتعارف
فلا ينفى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاء الجلال المحمل فهو أجود)
لأنه انفي للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعير يعمل عليه مقدار من الزاد فكل
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه محملا يسمى في جميع الطريق فله أن
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد من عند البعض كرد الماء فلا مانع من
العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس
فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهم ما حال أن يتولى القبول من الناس معا فيصير قول
صاحب العناية هنا منزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجأه والآخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه
صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم وأحدهما
يتولى القبول من الناس لجأه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمحذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجاهة فيما يخصه - قال الامام الزياطي في شرح الكنز قال صاحب الهداية
هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير
شركة الوجوه أن يشتر كاعلى أن يشتر ياشيما بوجوههما ويبيعان وائيس في هذه بيع ولا شراء فكيف
يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس
مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة - ما هو المصطلح عليه المار
في كتاب الشركة بل مراده بهما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بمحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية جله على شركة الوجوه وفيه
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل
العمل بوجاهته الى ههنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها جارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة
لا ما يقابل الجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقدا جارة بالنصف
الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أي عقد شركة التقبل بالوجهة فلا نبوة عن هذا
في شيء تأمل تنق

كتاب المكاتب

(٢٩ - تكمله سابع)

كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه
شركة الوجوه في الحقيقة
الخ) أقول قال صدر
الشريعة في شرح الوقاية
في الهداية جله على
شركة الوجوه وفيه نظر
لانه شركة التقبل
والصنائع فكان صاحب
الهداية أطلق شركة
الوجوه عليها لان أحدهما

يقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

انفكركم الجبر في الحال
وثبتت ملك البلد حتى يكون
المساكين أحق بما كاسبه
وثبتت الحرية إذا أدى بدل
الكتابة وفي جانب المولى
ثبتت ولاية مظالبة البدل
في الحال ان كانت حالة
والمالك في البدل اذا قبضه
وألقاها بالماله على ذلك
قوله لبعده كاتبك على مائة
دينار اذا قال قبلت كان ذلك
كتابة ولو قال جعلت عليك
ألفا أو دهم الى نحوهما أو
تجهم كذا وآخره كذا فاذا
أديتها أنزلت حر وان عجزت
فأنت رقيق كان كتابة قال

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة المناسبة ان كل واحد منهما ماعقد يستفاد به المال عقابا له ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصلية وبهم - مذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اهـ (أقول) ان قوله وبهم مذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل محتمل لانه يدعيه ان يقال ان وقع الاحتراز بهم - هذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فاعني تخصيص تلك الثلاثة بالذکر وان لم يقع الاحتراز به عن غير ذلك فافادة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجهه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلامعنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذکر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفي لتحقيق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه - عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

(وإذا كاتب المولى عبده أو أمتته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمتته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من صاحب
الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكا تبه وهم ان علمتم فيهم خيراً ودلالتة
على مشروعية العقد لا تختفي على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم
آخر خلاف المشروعية رهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح نعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معازضة مخممة ولفظه السلاحي لا يعرف في الجاهلية قيل وأرباب من
 كوثب عبد لم يرضى الله عنه يقول له أبرأمية (قوله وذكري في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد
 في الكافي الخ) أقول عبارة الاتفاقي ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ولان الكتابة
 ما ألتها العتق بطل والولاء محكم من أحكام العتق أيضا انتهى وجه هذا يظهر لك تصرف السارح في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبها
 فان ذكره الولاء لبيان مناسبة للعتاق لا لبيان مناسبة للمكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد انهم الاخراج فبهم فهو
 كالمكبرة لا يرى انه اخرج اليه هذا لار الرقبة ما لا وان أراد انهم ليست بالعوض فبهم ولا تعس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزائه
 فهو موهوم مع أن اعتبار انقضاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات
 أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتمأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة المناسبة ان كل واحد منهم ما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وبهمذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعنى ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله يخرج به النكاح والطلاق والعناق على ما لم يأت في ذلك العوض فيم ليس بطريق الاصله الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا لأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمه في النقل الى البيع والطلاق والعناق وأما في بيانه فلا لأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأما لفظه في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصله ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعناق مطلقين في المنقول وقد قيد في البيان بكونه ما على مال وجعله ما خارجا بقوله بطريق الاصله ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير مال بشيء من القيد من مع انهم ما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب واهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيده حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب واهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بالعوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة له لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهم ما يوجب ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكأن صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخرج عن سنن السداد قد صدرت زييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لاخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد به أنها ليست بالعوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انقضاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محمل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق ترديده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا أنه

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء

لاشك في ان ليس في الكتابة انتزاع الرقبة عن المالك حالا وان وجد فيها مطلق الانتزاع وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلا أن الكلام في الانسبية لا في مجرد المناسبة فلا عتية لقوله ولا تنس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه ثم لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كإثباته من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيسم ما بشرط العوض أيضا ان قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المتغير في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه ان قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المتغير داخلها والعرضيات ما اعتبره خارجها بخلاف الحقائق النفس الاصلية ففي الكتابة كون مال الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المتغير عند ادخل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو ما له الحاصل عند أداء كل البذل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثير من الشراح قالوا قدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التحليل والشرائط فكان أنسب بالتقديم ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الخيئات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الخيئات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبل الفطرة السليمة والحق عندئذ ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينهما وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تنوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانه عبارة عن عقدين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجي على أداء العبد ما لا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للعقد عليه والمعقود به يحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال الكتابة التبريد في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوقاية وغيرها ان يقال الكتابة اعتاق المملوك يد حالا ورقبة ما لا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كدراود الاصفهاني ومن تابعه ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفس قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لان الامر للوجوب

حلتهم فاعتصموا بوقوله ان
علمتم فيهم خيراً مذكور
على وفاق العادة فانهم اجرت
على ان المولى انما يكاتب
عبده اذا علم فيه خيراً وقال
في الجمل على الاباحة
الغاء الشرط بيان لكونه
للدب وتقريره ان في
الجمل على الاباحة الغاء
الشرط لانها ثابتة بذكره
بالاتفاق وكلام الله تعالى
منزه عن ذلك وفي الجمل على
الدب اعمال له لان
النسبية معلقة به وذلك
لان المراد بالخير المذكور
على ما قال بعضهم ان
لا يضر بالمسلمين بعد العتق
فان كان يضرهم —هم
فالافضل ان لا يكاتبه وان
فعل صح فيجب حمله على
الدب وأما اشتراط
القبول من العبد فلا لانه
مال يلزمه فلا بد من الالتزام
ولا يعتق الاباء كل
البدل وهو قول جمهور
الفقهاء

(قوله وتقريره ان في الجمل
على الاباحة الغاء الشرط)
أقول فيه ان مفهوم
الشرط لاعتباره عندنا
مع أن الشارح ذكر أنه
ذكر على وفاق العادة (قوله)
وذلك لان المراد بالخير
المذكور على ما قال بعضهم
الخ) أقول فيه بحث فانه
على هذا التقرير لا يلزم الغاء
الشرط لوجله على الاباحة

وانما هو وأمر ندب هو الصحيح وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما النسبية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل
أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه
ولا يعتق الاباء كل البدل

اه (أقول) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للدب عند
عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء المالك وعن عمر رضي الله عنه
هي عزمة من عزومات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا
الامر ليس للايجاب باجتماع بين الفقهاء وعن عمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعرفين بالفقه والرؤية
وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا اجاس الحسن أو
ابن سيرين يقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب
الاهم الا أن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن
سيرين لانه مذهبهم — ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقربا بين الفقهاء فتأمل وقال
صاحب معراج الدراية وبقوله باجتماع الفقهاء يحتز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء
ورواية صاحب التقریب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد
اذا كان ذا أمانة وكسب اذا اضر بفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر
فان كثيرا من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجتماع الفقهاء عن قولهم
بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فأني يصح
الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت
قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتماد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو وأمر ندب هو الصحيح)
هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة للدب كما في قوله تعالى واذا حلتهم فاعتصموا
وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة فانهم اجرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم
فيه خيراً كذا في الشروح (أقول) به — هذا وبما مر أنفاس من قول بعض العلماء يكون الامر فيه
للو جوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القندوري في المقام حيث قال وانه
للدب باجتماع الامم انتمى ان قد علم منه — ما ان كون الامر للدب في فكاتبهم ليس بموقع عليه
اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للدب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله)
وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره ان في الجمل على الاباحة الغاء الشرط وهو
قوله ان علمتم فيهم خيراً لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها
واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لاعتباره عندنا اه (أقول) هذا ساقط
لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان
ليس في ذكره فائدة أصلاً فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلاً عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على
ذلك منع ان في الجمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى
العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل
أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله) أقول
لما قيل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الجمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون
الشرط حينئذ مكررها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فاعله وتركه وان
المكره ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عندنا فقاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوباً لا مباحاً كما لا يخفى

لقوله في الله عليه وسلم أجمع كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكتاب عبد ماني عليه درهم وفيه أي في وقت عتق المكتاب رضي الله عنهم فعند على رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضي الله عنهم ما يعتق كما أخذ الصحيفة (٣٣٠) من مولا يعنى بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله

لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكتاب عبد ماني عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدبته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع

لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة اذ ذلك مكره ولا مباح فينا في قوله فيما قبل وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتم أمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتسكاهم فيها بالرأي يدل على زيادة الحديث كما عرف ولهذا زعمنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال البتاني خيرا كي لا يأكلها الزكاة في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جازانه ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك الا لزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتسكاهم فيها بالرأي على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاطهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأي ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار درو حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكتاب ميرا يارث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدي المكتاب بحصة ما أدى دية حر وعبا بق دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدبته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع) وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كائنك على كذا على أنك ان أدبته الى فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بينهما وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانت قال أو جبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند اداء المال ولونص على هذا عتق عند الاداء كذا عند الشافعي تفسيرها ضم نجم الى نجم ولونص عليه بأن قال ضربت عليك الفاعلي أن تؤديهم الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الخواشي الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط لا يحنى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كائن عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يحنى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفه حيث قال أما الخروج من يده فلنعتق معنى الكتابة وهو الضم انتهى واثبت سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزير كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضاً فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة السمة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاهر بك أي أهر بك وقوله تعالى

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أدبته فأنت حر وقال الشافعي رضي الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أدبته الى فأنت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلونص على ذلك وقال ضربت عليك الفاعلي أن تؤديهم الى كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البذل فثبت وان لم يصرح به كافي البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

(قوله وعند ابن عباس رضي الله عنهم ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الخواشي الجلالية نفسا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بينهما وبينه راجعاً الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانت قال أو جبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند اداء المال ولونص على هذا عتق عند الاداء كذا عند الشافعي تفسيرها ضم نجم الى نجم ولا يحنى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كائن عليه المصنف

ولا يجب حظ شيء من البسمل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربـع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وأتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جداً لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الاعطاء والحظ لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحظه على حظ ربع بدل الكتابة على بلا دليل ولو سلم فالمراد به الذب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لأننا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب والوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا وموجلا غير منجم ومنجم أعذنا (وقال الشافعي لا بد من نفعه لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) ونحوه من بدمولاه (٢٣١)

واسئل القرية أى أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب
حط شئ من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعى يستحق عليه حط ربع البذل وهو قول عثمان رضى
الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة
الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن
الله تعالى أمرنا أن نعطي المساكين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكفاية والمأمور به الايتاء وهو
الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المساكين
ختمه على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولوسلم فالمراد به الغذب كالذى فى قوله فكاتبوهم لا يقال
القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم لاننا لم نجعل القران موعضا بل نقول الامر المطلق عن قرينة
غير الوجوب للوجوب وقوله سم فكاتبوهم قرينة لذلك كذا فى العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى
فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الامر فى قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران
فى نظم القرآن فى الحكم اذ الدلالة فى مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر أيضا كذلك حتى يجعل
كون الامر فى قوله بعد فكاتبوهم لندب قرينة لكون الامر فى وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم
على أصله لانه أهل اللأك فكان احتمال القدره ثابته او قد دلل الافدام على العقد عليها فيثبت) قال
صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدره فى حرق المسكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون

عقد معارضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك لا لاجتماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبهه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البطل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبهه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفي ولأن معنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما عاكه لولاه فالتظاهر من مولاه أن يجهله فإن لم يجهله وطالبه بالأداء امتنع عنه بردية بالتراضي أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإهمال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لادلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكانوا بهم قرية لذلك) أقول فمسه تأمل فإن كونه قرية مانعة للعمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالاً (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو (الايجاب والقبول اذا العاقل من أ
والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي حذ الخلاف منه (بناء على مسألة اذن الصبي
فانه لا يجوز لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه بخير برأه
والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى
لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبد جعلت عليك الفاتوذه الى نحو ما أول نجم كذا أو آخره كذا اذا أدبته فأنت حر) (أ
ما ينفذ فائدة الكتابة بلفظها (٣٣٣) فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تزدد

قال (ويجوز كتابة العبد المغير اذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقيق الايجاب والقبول اذا العاقل من
أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة
وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى
عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك الفاتوذه الى نحو ما أول
النجم كذا وآخره كذا اذا أدبته فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكتوبة) لانه أنى تنصيه
الكتابة ولو قال اذا أدبت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكتوبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم
يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكتوبة اعتباراً بانه علي في الاداء مرة قال
(واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

باعتقه والطرق متسعة استئذنة واستعراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور
والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها اقتبست انتهى واقتضى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال
ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً اذا
أهلية فيه للمالك قبل العقد قط فاني ثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة
عقب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم
على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاق قبل العقد في السلم لكون العاق فيه أهلاً
للمالك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاق فيه ليس بأهل للمالك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال
القدرة على البذل له قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للناقشة فيه كما فعله
الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالوجوب فيقال
سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للمالك قبله ولكن
ثبوت المالك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المقتضى
لواشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مال الكاشي من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم
أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف
فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط
القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

الى نحو ما يستعمل معنى
الكتابة ومعنى الضمنية
فالمولى يستأدى عبده
الضمنية ولا تسعين جهة
الكتابة ما لم يقبل فاذا
أدبت فأنت حر وأما قوله
وان عجزت فأنت رقيق
ليس بسلازم وانما ذكره
لمثل العبد على أداء المال
عند النجوم والكتابة بدونه
صححة ولو قال اذا أدبت
الى ألفاء كل شهر مائة فأنت
حر اختلفت الرواية في
رواية أبي سليمان هو
مكتوبة لان التنجيم يدل
على الوجوب لانه يستعمل
في التيسير وذلك في المال
ولا يجب المال الا بالكتابة
لان المولى لا يستوجب على
عبده ديناً الا في الكتابة
وفي نسخة أبي حفص قيل
أي في روايته لا تكون
مكتوبة قال فخر الاسلام
وهو الاصح اعتباراً بما
قال اذا أدبت الى ألفافي

هذا الشهر فأنت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها لانه
يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرها فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة
خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بمثلها على المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى
ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيما يدل قوله منه (قوله
ليمان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله ومن قال لعبد الخ (قوله لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب
وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم في العبد بدو جدي في الضمنية وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الأداء فان قيل قبل ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه واحد والوجه الثاني عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (تهاء المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكتاب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (ان تضر العتق ويحقق ان تأخر لانه ثبت للمكتاب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذا المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصحبه (٢٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائنة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطالانه بعوده رقيقا (فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مال لا رقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لمصول ما يقابل مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لا اختصاصه بأجزائها) فوسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه (أى على الوصول إلى البدل من جانبه

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وانتهى المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتجزر العتق ويحقق تأخره لانه ثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أنلف ما لا لها غرم) لان المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لأنلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل قبل ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه واحد والوجه الثاني عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال وممدول ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصل عند الاداء في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء اغواء محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تتبعه ما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(٣٠ - تكمله سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) قابلها بالشرع قال الله تعالى أن تتعوا بأموالكم وأنتم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لاخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بالاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) وقوله (لما بينا) اشارة إلى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسى قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لما لى مالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكتاب بعض البدل بملكه المولى ولا يحصل بمقابله شيء للمكتاب فينتفى التساوى قلنا بل يحصل له تأ كذا مالكية ولهذا لا يبيح محلا للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكتاب أن يفعله ما يخالفه

لا بد في الكتابة الفاسدة. وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد
عقد الكتابة به إذا كره عبده أصالة وبعضها المتهاذا وإذا كاتب المسلم عبده (على خنزير أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة
أو على مائة أو دم) فالتسمية فاسدة. أما الخمر والخنزير فلا تنتم مالا يساوي مال متقوم في حقه فهو لا يستحقه ما فكان عقد ابلا بدل وهو فاسد
وأما قيمة العبد فلا تنتم إليه لوجهين أحدهما أنه القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة. وأما الدم والمائة فلماذا كرهنا في الخمر
والخنزير بل أدلى على ما نذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند
علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق (ع ٣٣٤) إلا بأداء قيمة نفسه لأن البذل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كفي البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

بعض نسخ اليداية الأبداء
نية الخمر قيل وهو مخاف
لعامة روايات الكتب
(وعن أبي يوسف أنه يعتق
بأداء عين الخمر لأنه بدل
صورة ويعتق بأداء القيمة
أيضا) قيل أي بأداء قيمة
نفسه (لأنه البذل معنى) قال
في النهاية وهذا الحكم الذي
ذكره هو ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة على
ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه
أن لا يخص أبا يوسف وأن
لا يذكر بكلمة عن قلت
صحح أن كان الألف واللام
في القيمة بدلا عن نفسه
وأما إذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح
فجوز أن يكون ذلك غير
ظاهر الرواية عن أبي
يوسف (وعن أبي حنيفة
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر
إذا قال إن أدبتها فانت حر
لأنه حينئذ يكون العتق
بواسطة حصول شرط تعلق

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعدر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد إذا تلف المبيع (و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عنده لال المبدل بالغة ما بلغت (وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن المولى مريض بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن عدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد مرضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً) فإنه إن لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت به أدراكه شرف الحرية لرعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قبل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٣٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة

لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال مصدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تتعلق لها بمسألة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وإن كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسألة في المبسوط فيما إذا كان عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالكسبة فاسدة فتجب القيمة فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وإن كانت زائدة زيدت عليه ولا يخفى علمك أن ما ذكره من أنه لا يتعلق لها بمسألة الخمر والخنزير بخلاف ما في

(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعدر بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عنده لال المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لأن المولى مريض بالنقصان والعبد مرضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت الرواية عند علماء الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يحصى أبو يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح أن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كذا كر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعاً قالت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشرح ما جعل الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولاً فلا أن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف هي ما بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعاً لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم انما هو محض وأما ثانياً فلا أن صاحب غاية البيان من الشرح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال إن كل واحد من عين الخمر وقيمته مبدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدى أيهما كان انتهى وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كذا كر في بعض الشروح فقوله العيني والشرح ما جعلوا الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه أن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والأفليس عقيد (قوله وهذا لأن المولى مريض بالنقصان والعبد مرضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى مريض بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن عدم الإخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى مريض بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تقرير على قوله والعبد مرضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان أن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وإن أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لأن عدم الإخراج الخ (قوله فإنه إن لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت به أدراكه شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فالمرضى بالزيادة أي بما هو وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت أدراكه شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كى لا يبطل حقه في العتق أصلاً فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراكه شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام في نفسه أما الأول فلأن الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا الشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ماضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه في العتق بالقيمة فينتدب بتنظيم الدليل والمدعى بلا كافة أصلاً ويرشد اليه مخبر صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى ويزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى ويزاد كى لا يبطل حقه في العتق أصلاً والمولى ماضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خالياً عن التعليل والبيان بالقيمة مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيد اذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعاً كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فامعنى تعميم النقصان ههنا بالنقصان عن المسمى فلعنل الشارح المزبور انما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فوجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضاً وأما الثاني أى أنه غير تام في نفسه فلأن قوله لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا فالحال ان رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان للنقصان الكافي في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخ فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطر تسليمه أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كى لا يبطل حقه في العتق اذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كى لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخ ورواه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق فلنا محتمل أن يكون القاضي يرى صحة

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقات المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته يتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدو ههنا ما صار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا ليعتق ما لم يؤد أقصى القيمةين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أى لافي البطلان كما في البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلف
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أدبته فأنت حر فدى الخمر لا يعتق فلو قضى
القاضي بتلك الرواية بطل حقه في العتق اهـ (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا لأن مقتضى هذا
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لارضا العبد
بالزيادة والمذكور في الكتاب علاقته والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانياً فلا لأن
ذلك على تقدير تمامه اغماية شئ في صورة أن لم يقل المولى للكتاب على الخمر إن أدبته فأنت حر لافي
صورة أن قال له ذلك إذا لاروايه لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضي فيه مع أن ما نحن
فيه مع صورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم إن صاحبي النهاية ومهرج الدراية رد على المصنف
ههنا حيث قال لا ثم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لأنه يحتمل أن
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن
يحمل الزيادة ضرراً عليه وإن كان عتقه نفعه اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن تحمل الزيادة
انما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس
كذلك لا محالة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه مملوكاً لمولاه وبقدرد المولى بعد ذلك على أن
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرراً عليه ولا في عدم
رضاهم بالنفع له أصلاً ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لأن العبد لما عقد الكتابة الفاسدة
مع مولاه كان قابلاً لقيمة نفسه بالغلة ما بلغت لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قدر ثوب على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ (أقول)
وهو أيضاً ليس بسديد لأن في التعليل عماد كراه مصادرة على المطلوب فأناب صدق أن يثبت بدليل أن
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغلة ما بلغت ومن جهة مقدّمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة
فلو علمنا هذه المقدمة بما ينتج على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغلة ما بلغت
لزم المصادرة قطعاً * ثم أقول ببقئ شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لأن المولى ماضى بالنقصان الخ دليل
شاف مفيد لتام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه إلا أن قوله لأنه عقد فاسد فوجب
القيمة عندها لا المبدل بالغلة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركاً ههنا لأنه صار مستغنى عنه
بما ذكر قبله من قوله لأنه وجب عليه رد رقبته لنفسه فساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع
الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فإنه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما في السكافي (قوله لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد
لاختلف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض
والعوض يقتضى أن يكون مراد المطلق منه ليس بوجود في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون
المتعين مراداً والاطلاع على ذلك متعذر لاختلف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فإنها
وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولاً
فلأنه إن أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجود في الخارج فرداً مهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس
بوجود في الخارج إذا لا بهام انما ينافى التعمين لا الوجود في الخارج وكمن شئ نجزم بوجوده في الخارج
وإن لم تتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه السكافي فنسلم أنه ليس بوجود في الخارج ولكن
لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً والجواب أن يكون المراد هو المسمى فلا بد من بيان
بطلان هذا الاحتمال أيضاً وأما ثانياً فلا أن لما نزع أن يمنع إمكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بخلاف ما إذا
كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره
الثوب عوض والعوض
يقتضى أن يكون مراداً
والمطلق منه ليس بوجود
في الخارج فلا يكون مراداً
فتعين أن يكون المتعين
مراداً والاطلاع على ذلك
متعذر لاختلف أجناسه
فلا يعتق بدون ارادته
بخلاف القيمة فإنها وإن
كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين
فإن قلت فإن أدى القيمة
فيها إذا كاتبه على ثوب
يعتق أولاً قلت ذكر في
الذخيرة أن الأصل عند
علمائنا الثلاثة أن المسمى
مضى كان مجهول القدر
والجنس فإنه لا يعتق العبد
بأداء القيمة ولا تعتقد هذه
الكتابة أصلاً على المسمى
ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كتبه على شيء بعينه لم يجز) اذا كاتب عبده على شيء لم يعبده فاما ان يتعين بالتعيين كالمهرس والعبد أولا كذلك
فان تعين فاما ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده
قال (وكذلك ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده فاما ان كتبه على شيء لم يعبده
ملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجزى حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز برده فبقا لان المسمى مال
والقدرة على التسليم موهوم فأنشبه ما اذا تزوج امرأته على عبده غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز للمالك الرجوع على الزوج ببيعة
العبد في غير المثل ولو فسدت رجعت واجتمع كون كل واحد منهما موهوم ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معتدود
عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الحجة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع فان قيل قد تقدم ان بدل الكتابة حكم النكاح
في البيع حتى كان ذلك مبنيا جواز الكتابة الحالية والنكاح معتدود به لا معتدود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا
كان من القدرة ليس الكلام فيه وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المفايضة فيصير البديل حكم المبيع فيشترط القدرة
عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأنشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التواله
والناسل وقال في النهاية منافع البضع (٣٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب

على طريقة تخصيص العال
وتخلصه مع علم (وان أجاز
صاحب العين ذلك فعن محمد
أنه يجوز لان البيع يجوز عند
الاجازة فان اشترى شيئا مال
الغير فاجاز صاحب المال جاز
فالمكتبة أرى) لان ميناها على
المساحة وقيل لانها لا تنفسد
بالشرط الفاسد بخلاف البيع
فصار صاحب المال مقرضا
المال من العبد فتصير العين
من أكتسابه (وعن أبي
حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا
بمخال عدم الاجازة على ما قال
في الكتاب) أي في الجامع
الصغير أشار به الى قوله
وكذلك ان كتبه على شيء

قال (وكذلك ان كتبه على شيء بعينه لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراوده شيء بتعين
بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الالف الدراهم وهي غيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيمعلق
به راسم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه
يعتق وان عجز برده في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأنشبه الصداق قلنا ان العين في
المعاوضات معتدود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للحجة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع
بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
أولى فلما جاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالمكتبة أولى وعن أبي
حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بمخال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يقدم ملك المكاسب
وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البديل عينا مينا والمسئلة فيه على
ما ينشأه وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ جاز ذلك ولم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها
يجب تسليم قيمته كافي النكاح والجامع بينهما ما حجة التسمية لكونه مالا وله ملك المكاتب ذلك العين
في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين
مراد او بتعذرا لا طلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على
القيمة أيضا لا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرها وخصا ووصفا
فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يقدم ملك
المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لا يمكن لا بد من تقدير مضاف (ثبت
للحاجة الى الاداء منها لا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البديل عينا مينا لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما ينشأه)
ان مراده شيء بتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ جاز ذلك ولم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته
كافي النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداءه

(قوله فان تعين فاما ان يجزى) أقول أي يجزى العقد (قوله وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح
تصرف في نقل كلام المصنف وأصل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومته ومراده بالجواز على
رواية الحسن هو جواز ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقونا وانما سكنت في تفصيل ملك
المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بدكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا
ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالية فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائرة ثم أقول انه يخالف ظاهر الغرض عدم الملك
فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل النسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له إذا أدبت إلى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع النساء كون المسمى مالا فاعتق بأداء المشروط وإن كاتبه على عين) معين (في يد المالك) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المالك لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك أن كاتبه على شيء بعبئته لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره (٣٣٩) بعض الشارحين على وجهه

الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دينار في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كنسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالتجارة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يزد عليه عبدا بتغير عينه فالتجارة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف شيء جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المالك وقيمة عبده وسط ويبطل منها حصصة العبد ويكون مكاتباً بباقي لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط وهذا

فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أدها لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد الا إذا قال له إذا أدبت إلى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى مالا فاعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المالك ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالتجارة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة المالك وقيمة عبده وسط فيبطل منها حصصة العبد فيكون مكاتباً بباقي) لأن العبد المطلق يصلح بدل للكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود وله ما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله وله ما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهم ما يسلطان الأصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما صح استثنائهم من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وإنما يصح استثنائهم باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل للكتابة فاحش جهالة قدرها وجنسها ووصفها كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما إذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجر بانه فيه أيضا بعبئته فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة وهذا لو كاتب عليه لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علم هذه المسألة بوجه آخر وعزاه إلى الزبلي وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه إلى الكافي حيث قال لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من المائة بازاء الوصف الذي يرد المولى ببيع وما كان منه بازاء رقبته المالك كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبلي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وأمة معينة والقوم صرحوا بفسادها والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كالمالك عليه على قيمة الوصف وهذا لأن العبد لا يمكن استثنائهم من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل للكتابة لجهالة قدرها فكذلك لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزبلي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى من البطل وهو الأصل في أبدال العقود وقال بالوجوب أي هذا الأصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن قوله فمن أبي حنيفة (قوله وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لوضح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا المعين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم بين النوع) انه تركى أو هندی (ولا الوصف) انه جلد أو دى (بجارت
وينصرف الى الوسط) من ذلك الجنس (وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالاهو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر
في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٣٤٠) الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع
والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين الجنس
مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة وإذا بين الجنس كالعبد
والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيسهل وقال الشافعي
رحمته الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن
على وجه يسقط المالك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبتنى

النقص بالصورة المزبورة عليهم ما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصوابه الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله
أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة وإذا بين الجنس
كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعتبر على المصنف
أن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب
الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا
عالية كالذابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها
وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المما كسنة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة
كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلاننا لانسلم أن شمول اللفظ
للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما إذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن
العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فربما يراه لان المصنف ما ذكره في
كتاب الوكالة وفي موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة أنما هو ان العبد
يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان
اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد
من كل جنس فلا يدرى مراد الا هو اتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن
أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذلك النوع تنقل الجهالة فلا يتمتع الامتناع مما له
إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركى والحشى والمولد جاز وكذا
إذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله
مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدرابة ولعمري انه
من العجائب من أمثال هؤلاء القذول وأما الثاني فلا أن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب
الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام
المصنف في المقامين أى في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت أنفا وأما فيما نحن فيه
فلان لو كان مراد ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي
والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا
أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط المالك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبتنى

ينصرف الى الوسط لان
الاصل في الحيوان المجهول
اذا ثبت في الذمة أن
ينصرف الى الوسط كافي
الزكاة والدية والوسط فيه
تطرق الجائدين (ويجبر على
قبول القيمة) لانه قضاء في
معنى الاداء على ما عرف
في الاصول لانها أصل من
حيث ان البدل يعرف بها
(وقدره في النكاح) فصار
كأنه أتى بعين المسمى (وانما
صح العقد مع الجهالة لانها
يسيرة ومثلها يتحمل في
الكتابة) لان مبناها على
المساهلة (فتعتبر جهالة
البدل بجهالة الاجل فيه)
حتى لو قال كاتبك الى
الحصاد والدياس أو القفط
صحبت الكتابة وقد ثبت
ان ابن عمر أجاز الكتابة
على الوصفاء وهو جع
وصيف وهو العبد للخدمة
(وقال الشافعي لا يجوز وهو
القياس لانه معاوضة
فأشبهه البيع) في ان تسمية
البدل شرط فيها كالمس
شرط فيه والبيع مع البدل
المجهول أو الاجل المجهول
لا يجوز فكذا الكتابة
ولنا أن هذا قياس فاسد
لان قياس الكتابة على

البيع اما أن يكون من حيث ابتداء أو من حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال
والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في المقابلة فلا تجزى في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو
الرقة لكن على وجه يثبت المالك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيوع لأنه مبني على المماكة فبأنه استدل به وأوان لم يبين حذره
مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها أشبهل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجاهلية واعترض على المصنف بأن مثله في المقتضى
لاجناس يمنع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد لان المصنف قد ذكر في كتاب الخو كذا أن العبد يتناول أجناسا وليس هذا مما يجوز
التوكيل بشراء العبد والجواب أن النقط أن شمل أجناسا عالية كدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز لمنشأ في الوكالة والكتابة
والنكاح والبيع وغيره وأوان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكة كالمبيع والوكالة فيما بني على المسامحة كالكتابة
والنكاح قال (وإذا كاتب النصراني عبده الخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في
حقتنا وأيم ما أسلم فلهمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من غلب الخمر وتلكها وفي التسليم قليل الخمر لان الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت
المالك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما إذا كانت معينة فإن المالك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يدالي يدوالمسلم غير
ممنوع من نقل البدل إذا غصب المسلم من الذي خرا ثم أسلم الذي فانه لا يمنع من استرداد آخره من يد الغاصب وإذا كان ممنوعا من التسليم
فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيوع على ما قاله البعض
لان التجر كالموقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيوع بحان ففسد وتصلح

(٢٤١)

في الكتابة في الجمل فانه لو
كاتب على وصيف أى عبد
للخدمة وأنى بالقيمة يجبر
على القبول فجاز ان يبقى
العقد على القيمة لان البقاء
أسهل من الابتداء وانما
قيد بقوله على ما قاله البعض
لان بعض المشايخ قال ينبغي
أن يكون الجواب في البيوع
كالجواب في الكتابة معنى
والرواية في الكتابة رواية
في البيوع قال (وإذا قبض
المولى قيمة الخمر عتق لان في
الكتابة معنى المعاوضة
فإذا وصل أحد العوضين الى
المولى سلم العوض الآخر

على المسامحة بخلاف البيوع لأنه مبني على المماكة قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو
جائر) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر الانهما مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا (وأيم ما أسلم
فلهمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن غلب الخمر وتلكها وفي التسليم ذلك اذا تجر غير معين فيجبر
عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد
البيوع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجمل فانه لو كاتب على وصيف وأنى بالقيمة
يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة أما البيوع فلا ينعقد صحاح على القيمة فافترقا قال (وإذا
قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد
وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أغل التزام الخمر
ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيوع لأنه مبني على المماكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن
هذا يعنى ما قاله الشافعي قياسا فاسد لان قياس الكتابة على البيوع إما أن يكون من حيث ابتداء أو
من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيوع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في
مقابلة ذلك التجز في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وغور الرقبة لكن
على وجه يسقط المالك فيه فأشبهه بالنكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف

(٣١ - تكمله سابق)

للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من
أغل التزام الخمر ولو أدى التجز عتق لما بينا في أول هذا الفصل انه اذا أدى التجز عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن
تعليق العتق بأداء البدل المشر وط فإذا وجد البدل وقع العتق وذ كر الترتاى أنه لو أدى التجز لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر
روايتان والفرق على احداهما بينهما وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى
قيمة الخمر ولم يبق التجز بدل هذا العقد لانه عقد صحاح على التجز ابتداء وبقى على القيمة صحاح بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صححا
والخمر بدل فيه بقاؤه صححا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد ناسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك
فلا حاجة الى اخرجه عن البداية وإذا بقي بدلا عتق بأداها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان (قوله وفي التسليم غلب الخمر) أقول
الظاهر أن يقول وتلكها المطابق المشر وح لا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم عتقك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للملك
لاستلزامه اياه كانه مشتمل عليه (قوله فان المالك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين في يد المالك
قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقاني أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الآن في الكتابة معنى التعليق
وبه صرح قاضيان في شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيب بخلاف شرح السنخاني فتأمل

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرايدا وذلك بما للكتابة التصرف مستبداه تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالحجارة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يجابى في صفقة ابرح في أخرى

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاضة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تهيد القوله

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضى تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضى عكسه فلا يدمر ملاحظة آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يحتج في علمك انه انما ذكره هنا الاستطراد وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدورى هنا

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المما كسة زيادة اسقطها رانتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا ته جعل قول المصنف فأنشبهه النكاح متفرغا على الشق الثاني حيث قال فأنشبهه النكاح في الانتفاء وليس بتمام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتفاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما يقل به أحد من الشراح هو ما سوى تاج الشريعة والعينى فأنه ما قال في تعليل قول المصنف فأنشبهه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأنشبهه النكاح متفرغا على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلا نه قال وهذا المقدار كفى في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبنى على المما كسة لزيادة الاستظهار وليس هذا بتمام أيضا لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافى مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافى مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذ كر قوله بخلاف البيع لانه مبنى على المما كسة لما ظهر اختصاصه باتباع المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعى عقدا الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتفاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

الظاهر أن اكفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للكتاب أن يفعله لانه لكونه العمدة المقصود بالذات والافتقد ذكر في هذا الباب كثيرا لما لا يجوز للكتاب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاضة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح اه واقفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة مما جاز التعميل بقوله ما فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح فان هذا التعميل لا يقتضى تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضى تقديمه عليهم افلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاضة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سلم مما يتجه على ما ذكره الشارح ان المسفور ان لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذى ذكر في هذا الباب وقصدياته انما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا ينافى جواز أن يفعله أيضا كفى الاشياء المباحة التى يستوى فيها جانب الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك ببيانته (م ٣٤) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية البند على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل

حيث قال وإذا أصبحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيدا لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فإنه لم يبين ذلك ببيانته أه (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور أنما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الأعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر إلى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه أعاد كرهه ذلك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا اللفظ القدورى ههنا انتهى (أقول) وهذا الذى ذكرهنا ليس بلفظ القدورى وانما اللفظ فيجوز له البيع والشراء والسفر بقضاء التفريع على قوله وإذا أصبحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وبانضمام المكاتب دون اظهارة الذى ذكرهنا بالاول وبذل فاد التفسير بيع وبانضمام لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فإنه قال هناك فملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متخذا عاذ كرههنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لأنه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله وإذا أصبحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه إلا أنه لم يذكر في البداية تمهيد قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساقى الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذلك جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا أه فتبصر (قوله وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما إذا قال كاتبك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد الكتابة وهذا أى هذا التفصيل (لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل

(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية البند على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب فى الارض والتقيد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فإن قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما فى البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما إذا قال كاتبك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد الكتابة وهذا أى هذا التفصيل (لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل

قوله ولا فيما يقابله (أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فلك الخرج وحرية البند والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يخص به أيضا كما سيجى بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

حينية المعاوضة مشتركة بينهما وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الآن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعنى وعدم صحتها بلا بدل (قوله وعدم صحتها بلا بدل) أقول يعنى بلا ذكر بدل

واحتماهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انه معاوضة مال بغير مال فعلمنا فيه بالشبهين فقلنا بطلان الشرط وفسخ
العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد على شبه النكاح وبطلان العقد اذا تمكن في صلبه على شبه البيع (أو نقول ان الكتابة
في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٢٤٤) ازالة الملك لا الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما

أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرا عتاقا
في حق هذا الشرط والاعتناق لا يبطل بالشرط الفاسدة قال (ولا تزوج الاباذن المولى) لان
الكتابة فك الجرم مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

يسقط عنه ملكه وولاه
وكل شرط يختص بجانب
العبد فهو داخل في
الاعتناق لدخوله في الكتابة
وهي اعناق (وهذا الشرط
يختص به) فهو داخل في
الاعتناق (والاعتناق لا يبطل
بالشرط الفاسدة قال
(والتزوج ليس وسيلة اليه)
الكتابة فك الجرم مع قيام
الملك ضرورة التوسل الى
المقصود أي الى مقصود
المولى من البذل وذلك
لقيام الملك ومقصود
المكاتب وهو تخصيص
الكسب لا ربقاء وذلك
بفسخ الجور والتزوج ليس
وسيلة الى المقصود بل هو
مانع عن ذلك فلا يدخل
تحت فسخ الجور لكن اذا
أذن له المولى بذلك جاز لان
الملك فيه قائم

قد مر قبل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بعشائره عقد
الكتابة للنكاح وعملوا به وأوردوا على الشافعي قوله بعشائره للبيع فكيف يصح منهم العمل بهما بشبهه
بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي
العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة
فتأمل (قوله) أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
الخ قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعناق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى
انتهى (أقول) كل من شق كلامه منظور فيه أما شقه الأول فلانه لو قال في جانب المولى اعناق لم يتم
المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعناقا في جانب
المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعناقا في جانب العبد
كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعناق وأما شقه الثاني فلان الاعناق في قوله في جانب
العبد اعناق مصدر من المبني للفعل دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد
اعتناق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف
اذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشرط الفاسدة فلا تنفسد الكتابة أيضا
بالشرط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان شبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تنفسد الكتابة
أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما
بيناه أنفام من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا
الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة
فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من
وجهه دفعه غير سالم أما وجهه الأول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة
من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الدخول في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها
معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعناقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه
الى الوجه الأول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور
اذ لقائل أن يقول اذا كان شبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبرا عتاقا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان
الكتابة فك الجرم مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض
الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن
انتهى (أقول) بل يمكن تميمه اذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو ان المكاتبية بتزويج نفسها
تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وما أخذ ذلك مذكوره

(قوله واحتمالهما الفسخ
قبل الاداء) أقول واحتمال
الفسخ بعد الاداء أيضا
لا يضرنا قال المصنف
(أو نقول ان الكتابة في
جانب العبد اعناق) أقول
قال الاتقاني لو قال في جانب
المولى اعناق أو قال في جانب
العبد عتق كان أولى انتهى

والاخر فيه سهل قال المصنف (فاعتبرا عتاقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا
كان شبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تنفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان
ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل
في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي جريد الدين الضرير برفر راجعه

(ولا يمتد بصدق) المكاتب (الابالشيء اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهر عند العامة هو العتق من التجار وكأنه أراد المجهر وهو الذي يبعث التجار بالجهار وهو فاخر المتاع ويسافر به خرف الى المجاهر كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لأن الكفيل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لأنها بعد لعتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد الممتحور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسامى النفس لا ينفي ذلك ولا يضره أحيب بأنه يضره بما عجز عن تسليم النفس فيجب على ذلك وهو يخل بالاكتماب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمولود مثل ما عو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بمخلاف الاعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيه وجب للثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٣٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان عليك مالاً يملكه

وعمل لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) ليحقق شرط عتقه (وولاه للمولى لأب له فيه نوع ملك) لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة كتابة العلة ولهذا لم يجز الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجلة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فإذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية لكونه رقيقاً) (أضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لأن الملك له (ولا يوجب ولا يصدق الابالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجسد بداء ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهر ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة ولا اكتساب ولا يملكه بنوعه نفساً وما لا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لأنها اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لأن ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستئمان أنه عقد اكتساب للمال فيما يملكه كتزويج الامه وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمولود مثل ما هو ثابت له بمخلاف الاعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولاه للمولى) لأن له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجلة فإذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كافي العبد اذا اشترى شيئاً (ولو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولاه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيه ما يأتي في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنها اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتمام فان بين تزويج المكاتبه ونفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرح حواشي في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيهما ما سيأتي وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن يملك المكاتبه تزويج نفسها لوجود هذه العلة في الامهات كسبب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق الميسر أن المكاتب لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبه نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحسين والعفة فان مقصودهما من تزويج نفسها شيء آخر

فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لأن المولى جعل معتقاً) مباشرة حكم المان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جرح الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس معتقاً للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر اضافة العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فإذا عتق زال فينجبر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاه الاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لأن الملك له) أقول تأمل هل يمكن تبعيم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بمخلاف الاعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبني للفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان اعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه إسقاط الملك عن رقبته وانبات الدين في ذمة المالك فأنه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتناق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الأمة لانه لا يكتسب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذا في الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم ما يملكان الا كتساب كالمكاتب ولان في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ولا تنظر فيما سواهما والولاية نظرية

سوى المال ولذلك لم يكن هذا العدة مما يتناولها الملك الثابت بالكتابة وقال رحمه ذاق الفسوق بين هذا وبين تزويج الأمة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور هو ما يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبه بنفسها أيضا كما لا يخفى تأمل في تنقيص قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر من الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمد كرماد كره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز له كاتبا أن يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبدا ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو طاهر لان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبده مشترك بين اثنين (١) أنه لا يفرد واحدهما بالشك انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ولكن بدل لانه يعم المؤنث أيضا لمحالة (قوله وان اعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتناق العبد على مال وغيره مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابه عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحكي فالحق هو ما عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله أو من ضروراتها لاننا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضرورات المملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا يحصى عن المذور في كلام الشارح المزبور الابان بجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني تلك الأب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمته الصغير وكتابه عبده لا تزويجه ولا يبيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتناق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع من اختلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البائع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يفرق هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع بزياله ولا شك ان

قال (وان اعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه إسقاط الملك عن رقبته وانبات الدين في ذمة المالك فأنه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتناق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الأمة لانه لا يكتسب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذا في الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم ما يملكان الا كتساب كالمكاتب ولان في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ولا تنظر فيما سواهما والولاية نظرية

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحكي بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه اه من شامش الاصل اه صححه

قوله (فأما المأذون له) فتشاهد وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض النسخ أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد
الشركة بخلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله
(هو) يعني أبو يوسف (فأما على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج
بالاجارة لأن المأذون له مجاز له أن يؤجر عبده وأما فكذلك يجوز له أن يزوجه أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين
العينين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لأن المائنة (٧٤٢) بين العينين نظيرة إذ في كل منهما فاك

أجبر وإطلاق التصرف
فكان ذكر القياس فيه
أولى بخلاف الفعلين لأن
المائنة بينهما ليست الآمن
حيث الفعلية لا غير لأن
الاجارة معاوضة مال بمال
بخلاف التزويج وفيه نظر
لأن المراد بالقياس أن كان
هو الشرعي فذلك لا يكون
بين عينين

(قوله وقوله فأما المأذون له
فظاهر) أقول لأوجه اللقاء إذا
يتضمن المبتدأ معنى الشرط
(قوله ذكر في بعض النسخ)
أقول يعني غاية البيان (قوله
وفيه ما فيه) أقول فإن
دلالة ترك ذكر الخلاف
على الاتفاق وما ذكره عن
الكرخي أيضا ممنوعة لئلا
العلامة الاتفاق لم يقتصر
في الاستدلال على ترك ذكر
الخلاف من الكرخي وغيره
بل نقل عن شرح الجامع
الصغير للفقهاء أبي الليث
وعن شرح الطحاوي للإمام
الاسيبي ما يدل صريحا
على الاتفاق وما ذكره عن
الكرخي أيضا يصلح مؤيدا
لذلك ويكتفي بذلك لذكره في

قال (فأما المأذون له) فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أنه أن يزوجه أمته
وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عثمان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة
الاتفاق على مال يزوجه قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المجلس كما مر آنفا لم يكن أذنع من
البيع لاعتداله ولا نظير البيع فبطل قوله فإذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله
فأما المأذون له) فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ورجعهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوجه
أمته) أقول في هذا التحريم نوع اشكال لأنه ان كان المشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من
ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعقب عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجوز
مع كون كلمة أماني قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه أذحك ما ذكره قبيل له أيضا
عدم الجواز بنافسه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته فان تزويج الأمة ليس بدخول في هاتيك
الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فامعنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار إليه بذلك
مجموع ما ذكر في هذا الباب فينتج عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانه ما يجوز أن المأذون له
قطعا كما يجوز أن للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا
الباب أصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان
شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك أن ما يصلح
لتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذي كرر لتمهيد دون
الأصالة لا يتم عند الاثنان ولا هنا واعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من
تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده ونائيا
ما لا يصح منه بابقوله لا تزوجه الا بآذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدق له الا بيسير وتكفله واقراضه
واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشي من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشريك فقطن شارحها صدر
الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه والاشكال فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهي من قوله
لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمنيات لعدم تمامها في صورتي
البيع والشراء من المنيات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلا أن المنفيات لم تذكر
فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمنيات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الإشارة
إلى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلا أن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته يمنع ذلك لأن
تزويج الأمة من قبيل المنيات في المكاتب وأنا أنجب من شرح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد
منهم ههنا للتوجيه ولا الاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب
واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوجه أمته
فكذلك المأذون له واعتبره التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأما فكذلك يجوز له

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم المكاتب والصواب يجوز له أن يزوجه أمته (قوله وقيل استعمل
القياس) أقول القائل هو السخاني (قوله لأن المائنة بينهما ليست الآمن حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهم ما يتماثلان في
كون كل منهما من طرف السكيب (قوله لأن الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لأن المراد
بالقياس أن كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عينين ان أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فسلم
وان أراد أنه لا يجعل العينان مقياسا ومقياسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالأولى لظهور المائنة في الأول دون الثاني

وله ما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فأما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب
 أن يزوج أمته كداني الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الأول فلا تنلوصح قياس
 المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فإن المكاتب يجوز له أن يكتسب
 عبده فينبغي أن يجوز له أيضاً أن يكتسب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده
 بما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا تنلوصح اعتبار التزويج بالاجارة من حيث أن جوازها للمأذون له
 يقتضي جواز له أيضاً أن يزوج عبده أيضاً كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع
 أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم إن صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما
 المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لأن المماثلة بين هذين العينين
 ظاهرة اذ في كل منهما نكاح الحرة واطلاق الحرة فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس
 لذلك وأما في هذين النعائين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاملات المالية
 من الجانبين لان المنفعة حكم المالية ألا يرى ان الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بقابلة المنافع كما لا يثبت
 ديناً بقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا أليق اه كلامه (أقول)
 فيه بحث أما أولاً فلا تنلوصح أن أراد به قوله اذ في كل منهما نكاح الحرة واطلاق الحرة فان في كل منهما
 الحرة واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً اذ لا يجوز لكل واحد منهما ما كثير من التصرفات على
 ما فصل في كتابه ما وان أراد بذلك ان في كل منهما ما نكاح الحرة واطلاق الحرة الذي أطلق في
 الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتسب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق
 وان أراد بذلك ان في كل منهما نكاح الحرة واطلاق الحرة فان بعض من التصرفات في الجملة فهذا القدر
 لا تحقق المماثلة الصحيحة للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا تنلوصح قوله لما ان الاجارة من
 المعاملات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية
 لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات
 الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل
 ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينية وان كان غير
 ذلك فلا نسلم أوليته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه
 جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينية ان أراد به أنه لا يكون بين نفسي العينين
 من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس من ادصاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله
 بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث علمهما وتصرفهما ولا ريب في جريان
 القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العينين بحميته من الحيثيات فهو
 فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضاً ساقطاً لان لفظ
 القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبراً في أصل
 معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله
 فكان استعمال لفظ القياس في الشئيين الذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين
 الذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لان فيه توفيقاً لا قوياً ولا ضعفاً للاضعف ثم ان
 رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل لنقل ما في
 النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وان كان غير ذلك فلا نسلم
 أوليته (وله ما) وهو الفرق
 بين المأذون والمكاتب (أن
 المأذون له يملك التجارة
 وهذا) أي تزويج الامه (ليس
 بتجارة) لانه ليس بعبادة
 المال بالمال والتجارة ذلك
 (والمكاتب يملك الاكتساب
 وهذا اكتساب) لانه اسم
 ما يتوصل به الى المال
 وباتزويج توصل المولى
 الى المهر فكان اكتساباً

(قوله وان كان غير ذلك
 فلا نسلم أوليته) أقول فيه
 بحث

(قوله ولانه) أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لانهم ابادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويج ليس من الاكساب (لايملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكساب المال

فصل (لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكركه هنا على ابنه للتغليب وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب (٢٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة

ولانه مبادلة المال بغير المال فمعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم
فصل (قال) (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)

وان أراد انهم ممتزجان فان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتباع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فمعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذهى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن يتقضى تعريضهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجهه من مناسبة الكتابة بالاجارة فليتمل اهـ (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجهه من مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو ورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمبادلة ما ليس بمال اهـ بأن مرادهم مال ليس بمال المصنف بمال في قوله اذهى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكم وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامة مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذهى مبادلة المال بالمال ما قلنا أقول صاحب معراج الدارانية في تعليقه ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اهـ * ثم أقول ويمكن أن يحمل المال في تعريضهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول المحكي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكل حينئذ لئلا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفت اهـ ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليقه قول المصنف اذهى مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليق ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهررا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتعاؤه بالمال لقوله تعالى أن يتبعوا بأموالكم اهـ وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الوافي في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهررا في باب النكاح بل جعله على ما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليقه قوله وان تزوج سحر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتعا بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اهـ فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل (لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصل شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - تكملة سابق) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أحجب بأن المشتري يتبع من كل وجه

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فمعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجهه من مناسبة الكتابة بالاجارة فليتمل (قوله ولهذا أى ولان التزويج ليس من الاكساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شئ ان من الاكساب وان أراد مطلقا فلم يدع أحدا أنه من الاكساب

فصل (واذا اشترى المكاتب) (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود في الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعنى حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعنى بعد موته

أو مشتري والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لانه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولما بقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

فما لم يعتبر به في أمر البيع لا تروى قبل دخول في الكتابة وأما الخ غير فقد كان مفعولاً بالعقد من وجهه وكان البدل في مثالبه ومثالبه
 وأما قوله بغيره في البيع لا تروى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كذا كرنا له ما لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكانها
 في بيعها لم يدر إلا من كان (وإذا اشترى ذارحم محرّم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتباراً بقرابة الرّاد
 لأن ويجوز بغيره في بيعه ما رواه سنا لا يفتقران في الحرفي حتى الحرة ولا في حنيفة أن الكتاب كسب الأمانك) لأن ذلك غيره كما عرف
 وأما في الاعتاق الوبة والاشترى ذوبته (٢٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكتفي له في الرّاد) لا في غيره (الأبري أن

لأن من أهل أن يكتب وأن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكانها لم يدر إلا من كان (وإذا اشترى ذارحم محرّم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي
 الحرفي كان علق الاعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذارحم محرّم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي
 حنيفة وقال لا يدخل) اعتباراً بقرابة الرّاد ذوب الوبة لا يفتقران في الحرفي
 حتى الحرة وله أن يكتب كسب الأمانك غير أن الكسب يكتفي للصلة في الرّاد حتى أن القادر على
 الكسب فيناط ببنفقة الرّاد والولد ولا يكتفي في غيرها حتى لا تكتب بنفقة الأخ الأعلى الموصر ولأن هذه
 قرابة تروى بغير بنى الأعمام وقرابة الرّاد فالحقنا بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أول
 لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحد الثمريين إذا كتب كان لا يخرق نفسه وإذا اعتق
 لا يكون له فسخه قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجوز بيعها) ومعناه إذا كان
 معها ولدها أماد دخول الرّاد في الكتابة فلماذا كراه وأما امتناع بيعها لأنّها تتبع الولد في هذا الحكم
 قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها وكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد
 لأنهم أم ولدها خلافاً لأبي حنيفة

التأدي على الكسب في الحرفي
 بنفقة الرّاد والولد ولا يجب
 نفقة الأخ الأعلى الموصر
 ولأن هذه (أي قرابة
 الأخوة) تروى بين (بنى الأعمام)
 البعيدة من (بنى الأعمام)
 والقرابة القريبة (و) حتى
 (الرّاد) والمتوسط بين الشّيين
 ذوبته منهم (أي) ما لم يدر
 (والحقنا بالثانية) أي
 التسمية في العتق حتى إذا
 كان الحر شاء عتق عليه كما إذا
 ملك والده أو ولده (وبالأولى)
 أي بالبعيدة (في الكتابة)
 حتى إذا ملك المكاتب أخاه
 لم يدخل في كتابته كما إذا
 ملك ابن عمه (وهذا أولى) من
 العكس لأننا لو أحققنا
 بالولد في الكتابة وجب
 علينا أن نخففها أيضاً في
 العتق (لأنه أسرع نفوذاً
 من الكتابة حتى أن أحد
 الثمريين إذا كاتب كان
 لا يخرق نفسه وإذا اعتق
 ليس له ذلك) وفي ذلك إبطال
 لأحد الشّيين وأعمالهما
 ولربّ وجه أولى من أعمال
 أحدهما قال (وإذا اشترى

بسيب التبعية وما يتبعها لأن التبعية يتلوا الأصل (قوله وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم
 يجوز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه إذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح
 المقام امرأه المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع
 الرّاد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لأن القنة بالتاعة في وصف المرأة تخالف اللغة
 إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب
 المغرب وأما قنة فلم أجد له (قوله وأما امتناع بيعها لأنّها تتبع الولد في هذا الحكم قال عليه
 الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج السريعة فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت لزوم
 حقها وههنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها تحقيقاً لا لخطاط رتبته عن الرّاد
 قلت الكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لا لخطاط
 الرتبة فإن قلت لم لا تصير مكاتبه تبعاً لولد قلت لأن العدة ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لأن
 عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبه تبعاً لولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبه أصالة
 الأبري أن المكاتب إذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته وبصير مكاتبه تبعاً لولده كما هو مع أن العقد
 ما ورد على الأب هنالك أيضاً فاعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبه
 تبعاً لولد تحقيقاً لا لخطاط رتبته عن ولدها في حق الحرية الأبري أنها لا تصير حرة في الحال تبعاً لحرية
 ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل يموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذلك لا تصير مكاتبه
 تبعاً لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كذا كر في الجواب عن السؤال الأول بخلاف الأب إذا

أم ولده الخ) امرأه المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها
 مع الرّاد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لأن ولدها دخل في الكتابة كما هو لم يجوز بيعها إذا جاز والأم تابعة للولد في هذا الحكم قال صاحب
 عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها كذلك عند سنا لأنهم أم ولدها خلافاً لأبي حنيفة
 (قوله ولأن هذه أي قرابة الأخوة) أقول الأنسب أن يقال أي قرابة المحرمية غير الرّاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه)
 أقول أي بالشراء أو الهبة أو الإجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البذل فإن أدى عتق وما فضل معه فهو له وإن عجز عاده هو وماله للأولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاء لأن ما لا يقبل له أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للذي لا أنه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام تحكيم والجواب أنه ليس بتحكيم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعقها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد (٣٥١) وإن ولد للأب كاتب ولد من أمة له

دخل في كتابته لما بينا في (المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الاعتراف واعتراض بأن المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا يحل له وطء أتمته لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها لكن إن وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حرم مكاتب ولدت ولدا فدعاه المكاتب فإن الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق المالك في كسبه عاك الدعوة كالحرف بقيام المالك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ إلا أنه ثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه حكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك إن ولدت المكاتبه ولداً لأن حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء

ملكه ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها حقيقة الصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد مقدم على الولد أيضاً قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه وفيكون وارداً عليه بخلاف الأمة (أقول) فيه أيضاً نظر لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورد العقد على الأب وورد على الولد أيضاً ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً للولد فلا يصح قول المصنف أماد دخول الولد في الكتابة فلماذا كررنا كما لا يخفى ويلزم أيضاً أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الإشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفق (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد إلى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام تحكيم والجواب أنه ليس بتحكيم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعقها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها ولدها إلى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو أن الأثر المذکور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهره رابطاً لاقه بتناول الصورتين معاقفة وله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذکور يدل عليه فهو ممنوع جداً وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذکور عليه فهو يؤدي إلى المصادرة أذهو أول المسئلة فإن الإمامين لم يقبلوا فلهذا لم يجوزوا بيع المكاتب أحر أنه المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها ابتداء على أنها أم ولده وإن لم يملك ولدها

هنا ثبت نسب الولد منه من وقت العاوق وثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه حكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد له (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذا ولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك إذا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الامهات (كالتدبير والاستيلاء) والحرية والرق تسرى إلى الأولاد فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الأبقه فإن بيعها لا يجوز ولا امتناع البيع في الأبقه غير مؤكداً إذا لابق بما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والحامية فإن الأمة إذا انصفت بهما امتنع بيعها لا مقرر وإنشئ لكنه ليس مؤكداً فقوله الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين وقوله الشرعية احترازاً عن السواد والبياض والطول والقصر

فانهم قد تسمى واذا سرت كتابته الى ولد له لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف
 القارة الشرعية في الامنيات تسمى الى الاولاد ولو كان الولد داخل في كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشار الى
 ما ذكرنا وارجح الاسترخاء بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابته ما وكسبه لها أي في الدخول يتبعها وفي
 الكسب تبعها خاصة والدل هو الرجة لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جزء من ما يثبت بقدر ضررها
 بالمتراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأه أزعمت انها حرة فقلت منه ثم استحققت فأرداه عبيدا ولا يأخذهم المكاتب بقيمة
 يورثها الى المصحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأرداه احرار بالقيمة) لانه ولد المغرور ولوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في
 نكاحها لان سال حرة الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار عكذا في المبسوط وفي شرح
 الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عندنا أكثر آثارها (٣٥٣) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هناك مجبور بقيمة

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابته او كان كسبه لها) لان تبعية
 الام أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأه أزعمت انها حرة
 فولدت منه ثم استحققت فأرداه عبيدا ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبيد باذن له المولى بالتزويج وهذا
 عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأرداه احرار بالقيمة) لانه شاركه الحر في سبب ثبوت هذا الحق
 وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا حرة الاولاد وله ما أنه مولود بين رقيقين فيكون
 رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفناه في الاصل في الحر باجماع الصحابة
 رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد
 العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم
 استحقه ارجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

ناجزة قال) ثم اذا غرم القبيصة
 يرجع عليهم اعنده لان الغرور
 حصل منها (وله ما انه مولود
 بين رقيقين والمولود بين
 رقيقين رقيق وهذا لان
 الاصل في الولد أن يتبع
 الام في الرق والحر به لكن
 تركنا هذا الاصل فيما اذا
 كان الرجل حرا باجماع
 الصحابة) وقد قررناه في
 التقرير (وهذا) أي ولد
 المكاتب ليس في معناه لان
 حق المولى هناك مجبور
 بقيمة ناجزة وهما بقيمة
 متأخرة الى ما بعد العتق
 فكان المانع عن الالتحاق
 به موجودا وهو الضرر
 اللاحق بالمستحق في التأخير
 (فيبقى على الاصل ولا يلحق
 به واذا اشترى المكاتب أمة
 ووطئها بغير اذن المولى) أو
 باذنه لكنه قال بغير اذنه
 ليتبين منه ما اذا كان باذنه

قط على أن توله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لانه ان
 اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد أمة عند أحد من الفقهاء
 ألا ترى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالاثار المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك
 للأب ملك اليمين بل لارب وان اراد بذلك ملك التصرف في امره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط
 في اعتاق الولد أمة عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها باصارت أم ولده عند أصحابنا
 جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في امره
 ذلك الولد في الولاية عليه انما هو ذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الام مملوكة
 عند الاستيلاء لالايه قطهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على كل حال
 (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابته او كان كسبه لها) وفي بعض
 النسخ دخل في كتابته ما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعها ما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو
 الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل ان يجوز أن
 يقال فائدة أن يعتق بعتةها سواء كسب أم لا بان لم يبلغ مبلغ الكسب مثلاً انتمى (أقول) ليس

يطريق الاول (ثم استحقه ارجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير الى الاعتاق هذا

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل ان يجوز أن يقال فائدة ان يعتق بعتةها سواء كسب أم لا بان
 يبلغ مبلغ الكسب مثلاً قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق
 فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قبل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد لافادة ولول المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من
 ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافترا من هذا الوجه فلا يلحق حله بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان
 الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حراً من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصو رته أن يكون الحر ولد وهو
 قن لاجنبي فتزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامه ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا
 على الكنية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه الشكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انثى (و) حكم (المأذون له كذلك) قنا كان أو مدبر أو الفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد وسقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقى كلامه نظاهر لا يحتاج الى شرح

(في فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله) واذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بأن ادعاء (فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى حقيقة الملك في رقبته وانما هو حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تخير (لانه تلقت اجهتها حرة عاجلة ببدل وأجالة بغير بدل فتخير بين ما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وعوض لان المولى (٣٥٣) يملك الاعتاق في ولدها) لان الدعوى

من المولى كالنحرير وانما يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلائ يملك ذلك ضمنا للدعوى بطريق الاولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبه ناقص فلا تصح دعوته لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكانته بدليل جواز اعتاق المولى مكانته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكانته يثبت نسبه فلائ يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاه) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها

وان وطئها على وجه الشكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظاهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها اداخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لا لولا الشراء المسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فالأنتظمة الكتابة كالكفالة قال (واذا اشتري المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذت بالعرف في المكاتبه وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظم مانته بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

(فصل) قال (واذا ولدت المكاتبه من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقت اجهتها حرة عاجلة ببدل وأجالة بغير بدل فتخير بين ما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لخصه الاستيلاء بالدعوى واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاه لا لاختصاصها بنفسها وبما فاعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقي ميراث لابنها جري على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر هذا بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه وانما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فذلك الفائدة أيضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبايع الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

(فصل) مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ورواها بالذكر كذا في الشروح (قوله) ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل (الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعني بعد مضى على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لأن الاكساب عهنتا سلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا ترى أنه لو قال لأمه أنه ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها فلا يابطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فجعلنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عهنتا بالمعاوضة وقلنا يسقط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقي ميراث لابنها جري على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

قوله تقريره الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء (فصل واذا ولدت المكاتبه) أقوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى الحق) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت له (قوله) فجعلنا بالشبهين) أقول نظار لها

ولو ولدت ولدا آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما ثبت بالسكوت اذ لم تكن محرم الوطء
وهذه محرم وطءه فلا بد من الدعوة (٣٥٤) وبقي كلامه طاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولد جاز لان الكتابة يتوصل
به الى ملك السيد في الحال
والحرية عنه أداء البدل
وحاجة أم الولد الى استفادة
هذا المعنى قبل موت المولى
كحاجة غيرها فكان
جائزا لا يقال أحدهما
يقضي العتق ببدل
والآخر بلا بدل والعتق
الواحد لا يثبت به ما فكلنا
متنافيين لانه لا تنافي بينهما
لكونهما وجه حتى عتق
تلقاها على سبيل البدل
وعدو رضى بأن مالمية أم
الولد غير مقومة عند أبي
حنيفة فكيف يقابلها
بدل متقوم وأجيب بأن
ملك المولى فيها ثابت يدا
ورقبة والكتابة لرفع
الاول في أول الحال ورفع
الثاني في الثاني والملك
يجوز أن يقابل ببدل
متقوم وان لم يكن متقوما
كذلك القصاص اذا عفا
بعض الاولياء فانه يقابل
بعض الآخرين بالمال
(فان مات المولى عتقت
بالاستيلاء لعتق عتقها
عموت السيد

ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطءها عليه فلا يلزم بدع وماتت من غير وفاء
هذا الولد لانه مكاتب تبعها لها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه غير ذم أم الولد اذ هو
ولد خاتمتها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجته الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك
بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاء) لعتق عتقها
عموت السيد
التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط
البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى انه لو قال لا امر أنه ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها
ثلا بيا بطل التخليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب
عملنا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقبلت أثر صاحب
العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقررت فينا
مصرحنا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الوجهين وهو ما ليس كذلك لان جهة كون
الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط
وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين بوجوب تنافي
المزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصورهما فاعنا يتصور عند
ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة
بالكلية فاعنا قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا
بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط * ثم أقول الحق في
الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسخ لنظرها والنظر فيما
ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجته الى استفادة الحرية قبل موت المولى
ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقضي
العتق ببدل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فكلنا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما
جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت به ما فكلنا
متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب
بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشبهه أما شبه
الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت به الوحدة الشخصية كما هو الظاهر
فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت به ما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق
بالكتابة والعتق بأمومية الولد في الوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت به ما وعدم ثبوت
العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في الوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في
معترض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون على
سقوط المنع عنه وأما شبهه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي
أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها
بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

(قوله والعتق الواحد
لا يثبت به ما فكلنا
متنافيين) أقول ان أراد
الوحدة الشخصية فغير
مسلم كيف وفي العتق
بالكتابة تسلم لها الاكساب

بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البدل) أقول وتوارد علمين متمنعين
الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يجتمع

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البديل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فبسط وبيان
 الكتابة لا امتناع ابتداء بالافتادة) بالنسبة الى البديل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعنى الاولاد وقد خص بها الا كساب ولما قل
 أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة
 تصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكاتب عن ابقاء البديل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه وبالأول يعود رقيقا وأولاده
 وأكسابه ولأولاد الثاني يعتق هو وأولاده ويخص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا بهما الى بطلان الكتابة نظر المكاتب وكان
 النظر في الثاني دون الأول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه على بطلانه بامتناع بقائه من غير افتادة ثم عليه بالنظر له
 والمطلوب الواحد بالخص لا يعمل بعلمين مختلفين لان للكتابة جهتين جهة على المكاتب وجهة على عليه وعلى الثانية بالأولى والأولى
 بالثانية فقام له فعل شديد (ولو أدت المكاتب) بالنسبة الى بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولأدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل
 موت المولى) عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما
 جاز كتابتها لوجود المقتضى وغوا الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقة اوائتاء المانع وهو عدم المناقاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم انها لا كساب والاولاد) أقول قال الاتفاقى (٣٥٥) لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولما قل أن

يقول النظر اليها في ابقاء
 حقها اليها وحققها الحرية
 وقد حصل لافي ابطال حق
 الغير لان الكسب حصل
 لها قبل موت المولى وكلامنا
 فيه ولم تعتق هي قبل موت
 المولى بل هي مملوكة حينئذ
 فينبغي أن يكون الكسب
 للمولى لا لها لانها عتقت
 بالاستيلاء بالكتابة ولما
 في قوله تسلم لها الاولاد
 أيضا نظرا لأنه لا حاجة
 الى ذكر الاولاد بالتعليم
 الذى ذكره لان الكتابة لو
 اعتبرت مفسوخة أضاف
 حق الاولاد يكون النظر
 لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البديل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن
 توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا امتناع ابقائها به غير أنه تسلم انها لا كساب
 والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها
 والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان
 كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذا الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البديل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم انها لا كساب والاولاد) لان
 الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما
 ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولما قل أن يقول النظر في ابقائها حقها اليها وحققها الحرية وقد حصل لافي
 ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه لم تعتق هي قبل موت المولى بل هي
 مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة انتهى وقال
 بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خير أنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها
 عتقت وهي مكاتب ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك
 المكاتب والمكاتب في أكسابها انما هو يد الارقة وهذا لا يملك كان التبرع فيها وانما رقبه أكسابها
 ملك مولاها كرقبة أنفسهما لم يؤدى بديل كتابتها بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله
 ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها لا يمنع ملك الغير الذى هو المولى فيه

حكم الام لانه تابع لام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتب ومملوكة يمنع من
 ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في
 العقود الشرعية فكيف انظر (قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه) أقول فيه شيء فان بالابقاء تقر ولا يبطل والحق أن بطلان
 الثاني لحصول المعاول وهو العتق بعدالة أخرى فالسعى في ابقائها بعد يكون سعي في تحصيل الحاصل وهذا هو الذى أشار اليه المصنف
 على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا اليه) أقول وفيه أنه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان
 الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطالة بالابقاء نظر الها فليس الا بقاء
 والابطال في زمان واحد حتى يتساويا فقامل (قوله والمعاول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين) أقول اذا كانتا قريبتين
 ولا تسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان للكتابة جهتين جهة على المكاتب وجهة على عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن
 قوله هي ثانيا البديل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذا الحرية غير ثابتة لتعليل
 لوجود المقتضى والظاهر أنه تعليل لا انتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنع الكتابة به أو بأكملها (قوله وانتفاء
 المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

رقية فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقية ثم قال صاحب العناية ولما في
 قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان المكتابة لو اعتبرت
 مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد الأم الولد حكم الام لانه تابع لأمه حالة
 الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ماقط جداولان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور
 هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترت أمها حالة المكتابة كما صرح به تاج
 الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الا كساب والاولاد بقوله أي الاولاد التي اشترتها
 المكتابة في حال المكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي
 ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت المكتابة مفسوخة ايضا في حق أمثالهم
 لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذلك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام
 ولتأمل أن يقول المكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن
 تحقيق كلامه ان بطلان عقد المكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء
 البذل والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه وبالأول يعود رقيقاً فاولاده وأكسابه لمولاه والثاني يعتق
 هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال المكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له
 في الثاني دون الأول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلان كون المكتابة عقداً
 واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كان من جهتين مختلفتين فانه من
 شرطوا في تحقق الساقض أموراً منها واحدة الجهة وههنا لم يتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد المكتابة
 من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والا كساب كما يفسح عنه قول المصنف لان المكتابة
 انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوه
 أحدها أن انهاء المكتابة بإيفاء البذل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طرفي بطلانها انما لا يساعده
 العقل والنقل وثانيها ان المكتابة في مسئلتنا هذه بمن لم يقع منه ايفاء البذل فكيف يحمل بطلان
 المكتابة في حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها بما لا نظير له في قواعد الشرع
 وثالثها أن قول المصنف لان المكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد
 ينافي المعنى الذي عنده الشارح الزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انهاء المكتابة
 بإيفاء تمام البذل يصير تمام المكتابة في حق البذل وفي حق الا كساب والاولاد على السواء كما هو
 الحال عند ايفاء البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ المكتابة في حق البذل وبقيتها في حق
 الا كساب والاولاد وجه ورابعها ان حل بطلان عقد المكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تحمله هذا
 الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متباينان
 قطعاً اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات
 الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لان علل بطلانه بامتناع
 بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بهاتين مختلفتين لان المكتابة
 جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعلة سديد الى
 هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الأول فلان المعلول
 الواحد بالشخص انما لا يعمل بهاتين مستقتلتين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل
 بهما قطعاً على ما تبين في موضعه والاهم فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكرها دليلان أو أدلة
 كذلك فان المقصود في أمثال ذلك التنبه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل
 به المطلوب بدلاً عن الآخر وأما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواء اخبر بين السعي في ثلثي قيمته مدبرة لافقة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه
فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فخير) لان في التخير فائدة وان اتحاد الجنس (٣٥٧) لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين

(وان مات المولى ولا مال له غير عاقله) بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمته أو جميع مال الكتابة) وهذا
عند أبي حنيفة (قال أبو يوسف تسعي في الأقل منهم) وقال محمد تسعي في الأقل من ثلثي قيمته
وثاني بدل الكتابة فالتخلف في اختيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي
الخيار أما الخيار ففرع تخير والاعتاق عنده لما تجزأ في الثلثان رقيقا وقد تعلقا جهمتا حرية ببدلين
مجهول بالتدبير وموجب بالكتابة فخير وعندهما المسامحة كلها بعق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد
المالكين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير وأما المقدار فلم يدرج الله أنه قابل البديل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير في المحال أن يجب البديل بعقله ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من
الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع
البديل مقابل ثلثي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لان البديل وان قبل بالكل صورة وصيغة لكتبه
مقبول بما ذكرناه في واردة لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البديل وقوله لا متناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على
مخالفه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البديل لا يلزمها ابقاؤه قطعا فلم يكن
ما ذكره من توزيع التعديلين على مالها وما علمنا شيئا لا يخفى (قوله والاعتاق عنده لما تجزأ في الثلثان
رقيقا وقد تعلقا جهمتا حرية ببدلين مجهول بالتدبير وموجب بالكتابة فخير) لان في التخير فائدة وان كان
جنس المال مقسما لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلها ما أعسر لكونه
حالا فكان التخير مفيدا كذا في عامة الشروح وعزاه في معراج الدرابة الى مبسوط شيخ الاسلام
(أقول) فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تصور في صورة أن كان البديل المجهول بالتدبير أقل من
البديل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا دلائل أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء
الأكثر المجهول فلا فائدة في التخير في هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحبها مع
أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من طلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله
وعندهما المسامحة كلها بعق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير)
واعترض عليه بأن الاعتاق للمالم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعق بعضها به وانفسخت الكتابة
فوجب السعاية في ثلثي قيمتها الا غير واجب بأن قد حكمنا بجهة الكتابة نظرا لها فبقية ذلك فربما يكون
بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب
أشكال لان القول ببقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير يناقض قول الأصنف وعندهما المسامحة
كأما بعق بعضها فهي حرة إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة
فأني يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فإن قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء
حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا يبق تأجيلها لانه من خصائصها
ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الاماميين هنا وعندهما المسامحة كلها بعق ثلثه لان الاعتاق
لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير
مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم أن لا يتم قوله فاختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير لجواز أن تختار
الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المجهول كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا

(٣٣ - تسكه سابع) أعنتها آخر جعما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن

مال تخريج من ثلثه فقد استحققت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان آخر اجزاء عن الملك) أقول أي لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسهط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعناق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر ان احكامه نابعة من الكفاية نظر المدير وليس من النظر أن يبقى بعضه غير محرر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تاقم حاجتنا (٢٥٨) حرية (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعناق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق له ما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعناقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا هي مخالفا لما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالوا تسعى في الأقل منهم ما اختلف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعناقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لان أبي حنيفة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) أقول لما منع أن يمنع هذه المقدمة فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثبات في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة التجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقة عاجلا فملتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم ولده بالا جاع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقه عند موت مولاه من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز الالتزام بالمال من أم الولد بمقابلة ما يستحق حرته كالألزام الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا ن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حرته بعضا تلك العلة بعينها والى كما لا يخفى فليست مستشكلا بعض الفضل لهذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتشبه على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعناق أه (أقول) ذلك سائط لا نالنا لم ان المدير والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالا جاع وثبتت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعناق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدير والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحققتا مجعانا من غير أن يلزمها سعيه في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى لا تنقل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والزم كان له حق فادري بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو أجزه برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فإنه اذا رضى به يبدل فبالبدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لان أبي حنيفة في حقه) إشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببديل نظر الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جله ووجهه ان الاكساب سالمة له لان أبي حنيفة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وخير من ذلك صارا للظاهر كالتحقيق الواقع فيعتق باعناقه

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتشبه على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعناق

(وان كانه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عن مال
بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا
عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هاجلت اسقاطا لبعض الحق ليحوز لان الاسقاط (٣٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله
بين الحرين وقد مر في كتاب
الصلح وكذا لا يجوز اذا كان
على مكاتب الغنم ألف الى
سنة فصالحه على خمسمائة
مجمله (وجه الاستحسان ان
الاجل في حق المكاتب مال
من وجهه لانه لا يقدر على أداء
البذل الابه فأعطى له حكم
المال وبذل الكتابة مال من
وجهه حتى لا تصح الكفالة به
فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو
مال من وجهه عما هو مال من
وجهه وقد اختلف الجنس (فلم
يكن) ثم (ربا) وفيه بحث لان
المال ما يتول به وهو يعتمد
الاحراز وذلك في الاجل غير
متصور ولان قوله فأعطى
له حكم المال ليس بمستقيم
لفظا ومعنى أما لفظا
فان أعطى متعددا الى
مفعوليه بلا واسطة

(قوله لان هذا الصلح اعتياض
عن مال ليس بمال عما هو مال) أقول
أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة
المتروكة (قوله وذلك في عقد
المعاوضة لا يجوز) أقول
أشار بقوله ذلك في قوله وذلك
في عقد المعاوضة لا يجوز الى
قوله اعتياض عن مال ليس بمال بما
هو مال ولكنه منقوض
بالمهر والمال المقابل
بالطلاق لان يقال ذلك

قال (وان كانه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسانا وفي
القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر
ومكاتب الغنم وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجهه لانه لا يقدر على الاداء الابه
وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابل ما يستحق حر يتسه هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق حر يتسه مجانا بخلاف ما لا يستحق حر يتسه أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز
له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى ينشئ على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا
تفكر تفهم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عن مال ليس بمال
عما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد
معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار
بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عن مال ليس بمال عما هو مال ولكنه
منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الآن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس
ذلك منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة
لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصله فيخرج منه النكاح والطلاق على مال
ونحوهما لان ذكر العوض بطريق الاصله وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب
حيث قالوا أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة
مال ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقالوا خرج بقولنا
مال ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصله النكاح والطلاق والعتاق
على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هاجلت
اسقاطا لبعض الحق ليحوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال
ذلك البعض من الفضلاء لوصح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجلة اه (أقول)
ليس هذا بسد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط
شئ مجمل في المقابلة فلم يبرجده التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجملة
التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء
لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن
الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هاجلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه
الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأخير
قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى
وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المجمل غير مستحق
بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا
عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بمجمل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله)
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجهه لانه لا يقدر على الاداء الابه قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حيث لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة
المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لوصح هذا المخرج هبة المهر
المؤجل واسقاط الدين المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا
بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثم ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى قسارته فقال الاجل في حق المكتوب مال من وجهه فان اراد بقوله فاعطى له حكم المال من كل وجهه ذات الاستدلال انه من مال من وجهه وان اراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للعامل والجواب ان ما ذكرتم من ان المال ما يتناول به ويجوز معني ذلك ما ذكرتم من كل وجهه وليس ما شئ فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكتوب وهو في ذلك كدين الدراهم لتصرف قدرته في ما يشاء على عين الزاد من ضمن اعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشئ يجوز ان يكون جهة في شئ ولا يكون معتبرا في شئ اذ اعتبار ثلث البنية تحصيل العقد ونظر المكتوب (قوله لان عقد الكتابة) وجهه آخر لا يستحسن وتقرر بان عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شبهة بالتعلق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من كل وجهه فتمت شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا يعتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والاجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوا دفع الضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكتوب يؤدي ثلثي الالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما

فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعطى له فلا يكون ربا ولا ان عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والاجل ربا من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم الى سنة وقيته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقى الى أجله) لان له ان يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصاد كما اذا خالف المريض امره أنه على ألف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهم ما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف المطلق لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيته ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والافانقص البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا وترد رقيقا في قوله) جميعا لان المحاباة ههنا في التدرؤ والتأخير فاعتبر الثلث فيها

وثلاثة درهم (الى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقى الى أجله لان له ان يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شئ له ترك وصفه والتججيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك كما اذا خالف المريض امره أنه على ألف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرهما كما كان أحسن فتأمل (ولهم ما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدل جريان أحكام الابدال من جواز المراجعة على الالفين وجواز السلب

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فلينأمل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لو اردوا بنى القدرة على الاداء لانه في القدرة الممكنة وهي أدنى ما يتمكن به من الاداء وأما اذا ارادوا بذلك في القدرة المبسرة وهي ما وجب اليسر على الاداء كما هو

على المماثلة والاختلاف بالشفعة فانه متعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبذل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالبدل فان البدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى في خلاف بدل المطلق فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيته ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يتخير المشتري بين ادائه ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا في قوله) جميعا لان المحاباة في القدر (وهو اسقاط ألف درهم) (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيها) أى يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لاني حتى الاسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز ان تكون زائدة كما في رد لكم (قوله لما تقدم ان له شبهة) أقول الاولى ان يقال لانه شرع مع المنافي كما علة غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول البين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه) أقول ويجز الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليأمل (قوله والاختلاف بالشفعة) أقول فيه شئ والامر سهل

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم قال أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً يعني ان هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأدائه هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البذل لانه عقد جري بين فضولي ومالك فتوقف على اجازته من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتباً لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكاه العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا أجاز بعد العتق (٣٦٩) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم لم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما امر وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق أي في توقفنا العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قبل ما للفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيماله وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيماله والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر

باب من يكاتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه ولو لايته عليهم او يتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت الظاهر فلا يكون للنفاضة مجال اظهروا أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفسداً فيتعين الناس غالباً عن اقرضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن في الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبها في تعليل صحة الكتابة الحالية عندنا بمجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبني الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال يرد الى الرق اهـ فليتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فتدبر والله أعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأخره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا وفي القياس أن يصح على نفسه ولو لايته عليهم او يتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبعية وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيماله) أقول كنهوت المالكه

دخل أولادها في كتبها تبعها حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه كالمشهد بهم الان الاولاد تابعه لها من كل وجه حتى ان المولى لم يعتق الاولاد لم يسقط من البذل شيء وعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اُضيف العقد اليه بمقصود احتي ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا اعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو متبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرنا يجوز أن يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيا للعقد ونظر الكاتب ولا شتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يفرد به الحاضر فله أي فالمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البذل لان البذل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البذل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصل في انعقاد العتق عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لکنه أعاده تعهيد القوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البذل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع أدليس عليه شيء من البذل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن اذا أدى المرتين) لفساؤه عينه (يجبر المرتين على القبول لحاجته الى استخلاص عتقه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كغير الرهن (٢٩٢) ومعه الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير عما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب

دخول أولادها في كتبها تبعها حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يفرد به الحاضر فله أن يأخذ بكل البذل لان البذل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البذل شيء لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فسلان البذل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البذل عليه وصار كغير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتين على القبول لحاجته الى استخلاص عتقه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينه عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) ما ينسأ (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعها على ما بينا في المسئلة الاولى

أنه كقوة في حق جواز الاداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لم يؤد فكان مضطرا أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن

بأخذ الغائب بشيء ما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى أن الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لم يأتوهم ان الجواز ثبوت ولاية الاب عليهم ما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذا لام الحرية لا ولاية لها فكيف بالامة (وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعها على ما بينا في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت دينها على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الاخر لانه لا أصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أدأوه كداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيا للعقد) أقول قوله تصحيا ناظر الى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولا شتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيا (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البذل شيء (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حتى الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبيدين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال الذي قبض عنه أبي حنيفة وقالوا هم مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبيدين شريكين الخ) اذا اذن أحد الشريرين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال الذي قبض عنه أبي حنيفة وقالوا هم مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

أحكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرأة أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شرح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعه لالام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتام لان تبعية الولد لالام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشتترته في حال الكتابة لاني الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فقل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بالاتفاق كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانهم اجعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاء على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كتبوتها على نفسها فليس يحتاج اذ قد صرحوا قاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا ههنا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يمتدحهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهم ما فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله واذا كان العبيدين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يتم

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبيدين

كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شريكين) أقول اي بين رجلين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنه خلافا لما عتق لانها الحرة من وجه فتقتصر على نصيبه عند الاذن لا يقيد الا بغيره في الكتابة وانما تكون دائمة انتقاما كانه من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيه معنى المأذونة أو معنى الاعتناق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شي من ذلك من أحد الشر يكتفي بغير اذن صاحبه ليس بذلك أثر ولاية الفسخ من أين كانت ذاك وأوجب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز أن يكون الحكم يخص به وهو ولاية الفسخ أي بوجه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة وتصرف الإنسان في ماله من حقه انما يسرع اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بغير ما يقتضي المقتضى وانتهى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاصرة وان قبلت النسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتناق والتعلق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل النسخ أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلا يعين قوله وانتهى بتبعض البذل بيان (٣٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

وأصله ان الكتابة تجزأ عنه خلافا لما عتق لانها الحرة من وجه فتقتصر على نصيبه عند الاذن لا يقيد الا بغيره في الكتابة وانما تكون دائمة انتقاما كانه من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيه معنى المأذونة أو معنى الاعتناق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شي من ذلك من أحد الشر يكتفي بغير اذن صاحبه ليس بذلك أثر ولاية الفسخ من أين كانت ذاك وأوجب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز أن يكون الحكم يخص به وهو ولاية الفسخ أي بوجه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة وتصرف الإنسان في ماله من حقه انما يسرع اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بغير ما يقتضي المقتضى وانتهى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاصرة وان قبلت النسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتناق والتعلق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل النسخ أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلا يعين قوله وانتهى بتبعض البذل بيان (٣٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

من الكسب اليه فيصير الا اذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون منه عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قبض المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم ذلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أوجب بأن

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينظم الكل لما يجزئ الشريك فلهذا يعني مفعول من شركه في كذا فان كلاما من المشاركين في أمر شارك فيه ومشرؤه والفعل يعني المفعول يستوي فيه المذكور والمؤث أو بصيرورة لفظ الشريك من عدد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحثية فيتناول المذكور والمؤث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ نسخة بين شر يكتفي حيث قال قال واذا كُنَّ العبد بين شر يكتفي بقبض بعض الفضلاء قوله شر يكتفي بقبض بعض الفضلاء (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له وهذا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشرك يكتفي مطلقا تغلب بالذكور على الاناث لكان له وجه وجبه لاقضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنه خلافا لما عتق لانها الحرة من وجه فتقتصر على نصيبه عند الاذن لا يقيد الا بغيره في الكتابة وانما تكون دائمة انتقاما كانه من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيه معنى المأذونة أو معنى الاعتناق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شي من ذلك من أحد الشر يكتفي بغير اذن صاحبه ليس بذلك أثر ولاية الفسخ من أين كانت ذاك وأوجب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز أن يكون الحكم يخص به وهو ولاية الفسخ أي بوجه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة وتصرف الإنسان في ماله من حقه انما يسرع اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بغير ما يقتضي المقتضى وانتهى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاصرة وان قبلت النسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتناق والتعلق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل النسخ أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلا يعين قوله وانتهى بتبعض البذل بيان (٣٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له وانما كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البذل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتبه فعجز وفي يد من الاكساب وكان النصف مال الى قوله ما حيث أخره

(قوله والاذن لا يقيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم يخص به وهو ولاية الفسخ لمعني بوجه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله بطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعني الحاق الضرر (قوله وانتهى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيه المقتضى (قوله أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلا يعين) أقول فلم ينتف فيه المانع (قوله وهو أي البذل) أقول أو العقد والمكاتب ويؤيده قوله وقال هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحد ههما فاعاد تولد نادعاها أي صحته
دعوتها ونبت نسبه ثم ووطئها الآخر فباع تولد نادعاها أي صحته دعوتها أيضا ونبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد لأول بطريق
البين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحته دعوتها لقيام الملك له فيه (٢٦٥) وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن

الاستيلاء في المكاتبه
يجزأ عند أبي حنيفة رحمه
الله لأنه لا وجه لتكميل
الاستيلاء بالتملك نصيب
صاحبه والمكاتبه لا تقبل
النقل من ملك إلى ملك
فقتصر أمومية الولد على
نصيبه كما في المدبره المشتركة
فإن الاستيلاء قد يجرأ
بالاتفاق والجامع أن كل
من المكاتبه والتدبير يمنع
الانتقال من ملك إلى ملك
ولا وجه لفسخ المكاتبه
لأن المكاتبه قد ترضى
بجربة عاجلة بجهة المكاتبه
ولا ترضى بجربة آجلة بجهة
الاستيلاء فإذا لم يعض
الفسخ منفعه لا تنفسخ إلا
بفسخ المكاتبه وإذا ادعى
الثاني ولدها الآخر صحته
دعوتها لقيام ملكه ظاهرا
واعتقاد بقوله ظاهرا لأن
الظاهر - أن غرضي على
كتابتها فكان ملكه باقيا
نظرا إلى الظاهر ثم إذا عجزت
بعد ذلك جعلت المكاتبه
كان لم تكن وتبين أن
الجارية كلها أم ولد لأول
لأنه زال المانع من الانتقال
ووطؤه سابق ويضم من
نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحد هما فباع تولد نادعاها ثم ووطئها الآخر فباع تولد نادعاها ثم عجزت فهي أم ولد لأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحته دعوتها لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبه لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبره المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحته دعوتها لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت المكاتبه كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئها جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

واعتاد يكون نائذته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بفراذه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في المكاتبه أي على مذهبه اه (أقول) هذا خط ظاهر لأن الاذن يفيد الاشتراك في المكاتبه على مذهبه ما قطعنا إلى يرى إلى قولهم في تعليل مذهبه ما في هذه المسئلة أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو وأصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما في كذا بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبه ما وقع سهوا من قلم النسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتام قال وكان المصنف مال إلى قولهم صاحب آخر اه وقال بعض الفضلاء في كلامه لأنه بأبي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة المكاتبه واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة العتاق ترجيحه في مسئلة المكاتبه ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فنأين يثبت الأب والابن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كذا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما هو من تأخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهم لا اشالة وما وقع التدافع بين الكلامين حملا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو الخاص في أمثال هذا فلا يحد وتدر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لا ينهأ وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لأن ما ذكره المصنف فيما سألني بقوله وهذا الذي ذكرناه كماله قول أبي حنيفة في هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقبل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على أحدهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فانه فسدت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم له القيمة انتهى (أقول) لا يضر في مخالفته ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وان أسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الآن المصنف صرح هناك بتحقيق

(٢٦٤ - تكمله سابع) لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئها جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويقتضى الاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد (قوله أي صحته دعوتها ونبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحته دعوتها أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه) أقول دون أن تعجز بنفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المورور لانه حين وطئها كان ملكه قائما
 فاشارة كذا في المورور ثابت بالنسبة من حيث الحقيقة على ما عرفت وأما بالنظر الى الحقيقة فلهذا كمال العقول لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة
 فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الذي قبض الولد الاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك لا ينبغي
 أعيب أن هذا على قولنا وأما على قولنا فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون
 الولد متخورا على احدهما فكانت حرا بالقيمة وأيم ما دفع العقر الى المكتوبة يعني قبل الحرجة لان الكتابة ما دامت باقية فعلى القبض
 ليه الاختصاص بها بما نفعها وأما إذا عجزت رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كنه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
 وعنده أبي أم ولد الاول وهي مكتوبة ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان
 أمرية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء بطلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به ولهذا لا يكمل
 في القسمة بالاجماع وقد أمكن حينما يفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للتفسخ فتفسخ تكميلة لا لا تسقط في المالك المتضمن ربه المكتوبة وهو

أمومية الولد لانه لا ضرر لها
 فيما بل لها فيه نفع حيث لم
 تنجب محلا لا يتبدل بالبيع
 والهبة وتبقى الكتابة فيما
 وراءه محلا أي فيما وراء ما لا
 تنضرب به وهو كونهما أحق
 بأكسابهما أو أكساب ولدها
 (قوله بخلاف التدبير)
 جواب عن قياس أبي حنيفة
 المتأخر فيه على المدبرة
 المشتركة وجهه اننا قد قلنا
 ان أمومية الولد تستكمل
 ما أمكن ولا إمكان ههنا لان
 التدبير غير قابل للتفسخ فإذا
 استؤد الشريك الثاني بعد
 استيلاء الاول المدبرة
 المشتركة بينهما صح استيلاؤه
 (قوله وبخلاف بيع
 المكاتب) قبل هو جواب
 عما يقال ههنا ففسختم
 الكتابة في ضمن صحة

ويكون ابنه (لانه بمنزلة المورور لانه حين وطئها كان ملكه قائما
 حرا بالقيمة على ما عرفت لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيم ما دفع العقر
 الى المكتوبة جاز) لان الكتابة ما دامت باقية فعلى القبض لها الاختصاص بها بما نفعها وأما إذا عجزت
 رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله) قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد
 هي أم ولد الاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد
 يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للتفسخ فتفسخ فيما لا تنضرب به
 المكتوبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل التفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في
 تجوز ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري
 فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمحجب به هذا الجواب
 الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهو ما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين
 عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس يعجب به هذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل
 محض فلا يتأني ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال ههنا قلتم
 بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاء
 ووجه الجواب أن في تجوز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالنا ما
 تنضرب به المكاتب وفسخ الكتابة فيما تنضرب به المكاتب لا يصح ههنا ما عليه جمهور الشراح في جعل
 مراد المصنف بكلامه ههنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل
 قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف ههنا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فبقي الكتابة كما كانت

البيع فيما اذا بيع المكاتب كفسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز البيع ابطال الكتابة
 اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالنا ما تنضرب به المكاتب وفسخ الكتابة فيما تنضرب به المكاتب لا يصح
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فبقي الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر
 والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم ولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف القاهرة الشرعية في الامنيات تسري الى الاولاد
 (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متخورا وما على احدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع
 الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم
 لماليتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني
 الى ملك الاول على بيعه أو وجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع

(قوله واذا صار لكاه أم ولده) متصل بقوله صارت كاه أم ولده وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كاه أم ولده واذا صار لكاه أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انهما مكاتبه بينهما ما يدل على ما ذكره أبو حنيفة انهما اتفق مكاتبته بينهما فيما لا يضر به الاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدي الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتفسيره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كاه أم مكاتبته له أي لا الاول قيل هو جزاء اذا بقيت عليه انصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يضر به المكاتبه ولا يضر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يضر به المكاتبه وهي لا تضر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد (٣٦٧) الكتابة في حق نصف البدل نظرا

للمولى وان كانت لا تضرر المكاتبه بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبه هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعديل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما ما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موصرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف

واذا صار لكاه أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدي الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كاه أم مكاتبته له قيل يجب عليه انصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يضر به المكاتبه ولا تضر بسقوط نصف البدل ويجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تضرر المكاتبه بسقوطه والمكاتبه هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمته مكاتبه) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبته فيضمنه موصرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمته ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمته مكاتبته الى قوله فلا تردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موصرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبته ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبته ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلماذا أوجبنا الاقل هذا قولهم في المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهم فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمته مكاتبته وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبته ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انما اتفق مكاتبته بينهما) أقول مخالف لقوله وهي مكاتبته له (قوله قبل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قبل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعديل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعديل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يضاهاه لكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك أما عند ما
فشاها لان المستولد لم يكن له قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا بد بالعجز تبين أنه غلبه نصيبه
من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على
ما مر قال (وهي أم ولد لا دل) لأنه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (وبين شريكه
نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تلك نصفها بالاستيلاء وهو ملك بالقيمة
(والولد الاول) لأنه صحت دعوته لقيام المحقق

لأنه متيقن قال صدر الاسلام ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تعلقها
أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجيب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد
وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الانصف درهم فلها هذا الأقل هذا قولها في المكاتب
المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولها فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف
يفضى الاول لشريكه نصف قيمته مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتها
مكتوبة ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرنا الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح
فاسد وتحرير محتمل أما أول فلان قوله إذا كاتب الرجلان عبدًا مشتركين ما كتابته واحدة ثم اعتق
أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف مؤسرا كان أو معسرا خبط
فأحش اذ قد صرح في عامة المعترات حتى الهداية نفسها فيما ساءلني بعد نصف صفحة بأن قول أبي
يوسف في تلك المسئلة أن يضمن السالك المعتق قيمة نصيبه مكتوبة إن كان مؤسرا ويستثنى
العبدان كان معسرا بناء على أنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب
العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة أنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار
والاعسار اذ لا يشترطه على أحد أن ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أول بر قول
صاحب الكفاية بصد شرح قول المصنف هنا لأنه ضمان تملك فأما إذا اعتقه أحدهما أولا كان هذا
ضمان افساد الملك وأما باني فلان قوله هذا قولها في المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه
بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما ما نصيبه مع
أن ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكتوبة المشتركة إذا تعلقها أحدهما
بالاستيلاء وأما ثالثا فإنه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معاجبت
قال وعلى هذا القياس قولها فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف
قيمتها مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول من نصف قيمته مكتوبة ومن نصف ما بقي من البذل
انتهى مع أن كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسألة الاعتاق على ما سألني صريح في أن محمد مع
أبي يوسف هناك في أن يضمن السالك المعتق قيمة نصيبه مكتوبة إذا كان مؤسرا دون الأقل منها
ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد
روايتان في مسألة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما
سألني والآخر ما وافقه قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاء وبذل عليه ما ذكره في بعض الكتب المعتمدة
كالكا في البدائع فإن المذكور فيهما في مسألة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الأخرى وهي ضمان
الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعده كلام المصنف
نفسه لصرف القياس الذي أقدمه في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولها معا * ثم أقول الوجه
عندي أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاء على

(واذا كان الثاني لم يضاهاه
ولاكن دبرها ثم عجزت بطل
التدبير لعدم مصادفته
الملك أما عند ما نقلنا
لان المستولد لم يكن له قبل
العجز وأما عند فلان
بالعجز تبين أنه غلبه نصيبه
من وقت الوطء فتبين أنه
أي التدبير (مصادف ملك
غيره والتدبير يعتمد الملك)
فلا يصح بدونه (بخلاف
النسب) فإنه ثبت من الثاني
أن وجد الوطء منه (لأنه
يعتمد الغرور) لا الملك (وهي
أم ولد الاول لأنه تلك نصيب
شريكه وكل الاستيلاء
على ما بينا) يعني في تعليل
قول أبي حنيفة وهو قوله
وتبين أن الجارية كلها
أم ولد الاول لأنه زال المانع
من الانتقال (ويضمن
لشريكه نصف عقرها
لو طئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لأنه تملك
نصفها بالاستيلاء وهو
تملك بالقيمة والولد
الاول لأنه صحت دعوته
لقيام المحقق) وهو الملك
في المكتوبة

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهو ما بقيت لانه لما استولدها الاول ثم انصف شريكه ولم يبق من ذلك شيء فصار
 في بعض تدبيره وقد ذكرنا ايضا من قوله (وجه ما بيننا) أي في تعديل القولين أما طرف أي حنيفة فقد ذكرنا اننا من قوله وتبين ان
 الجارية الخ وأما ما رآه صافه وقوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد الخ (وان كانا كاتباهما ثم اعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت
 بضمين المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها الماعز وتوردت في الرق صارت كأنها
 لم تزل فنة والجواب فيه) أي في اعتناق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فان عند أبي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق
 فالاعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء اعتق
 وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والعبادة مع الاعسار (وغيره) يعني
 الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبي حنيفة ان اعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق
 في الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهم ما لا يريان الاستسعاء (٣٦٩) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا

بضمين نصيب الساكت
 وان كان معسرا سعى العبد
 لنصيب الساكت وأبو حنيفة
 رضي الله عنه يراه (كأهو
 مسألة تجزؤا لاعتناق كما
 تقرر في العتاق) عدا اذا
 عجز (وأما قبل العجز فليس له
 أن يضمن المعتق عند أبي
 حنيفة) خلافا له وهو
 واضح ومبين أيضا على
 تجزؤا لاعتناق وذلك (لان
 الاعتناق لما تجزأ عنه لم
 يظهر افساده نصيب
 الساكت عالم تجزأ فأن أثره
 حينئذ أن يجعل نصيب
 الساكت كالمكاتب وهو
 حاصل وانما يظهر ذلك
 اذا عجزت كما هو جرب ذلك
 في القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجه ما بيننا قال (وان كانا كاتباهما ثم اعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت
 بضمين المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها) لانها
 لما عجزت وردت في الرق نصير كأنهم لم تزل فنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيره
 كما هو مسئلة تجزؤا لاعتناق وقد قررناه في الاعتناق فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة
 لان الاعتناق لما كان يجزأ عنه كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب
 صاحبه لانها مكاتبه قبل ذلك وعندهما لما كان لا يجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبها
 ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا
 كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
 قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن
 المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)

قياس قوله في مسألة الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى
 قطعاً أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في
 الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا
 ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للدبر فيه فلا يصح تدبيره كذا في العناية
 وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة
 فليتنامل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة
 فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار

(وعندهما لما لم تجزأ اعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق
 فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم اعتقه
 الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسئلة بالعكس
 من ذلك وهو ان اعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل
 الكتابة فليتنامل (قوله لان الاختلاف) أقول يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه (قوله وغيره الخ) أقول معطوف على قوله وفي
 الخيارات وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع (قوله يعني الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج
 عن الخيارات الا ثلاث كترديد المعتق قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما
 ذكرها استطرادا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً المناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المالك عن نعيم) النجم هو المطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وان عجز المالك عن نعيم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر الجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوماً ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليه السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قد مر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كما هال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أنه لم يأت يوماً وثلاثة أيام فانه عهل ولا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة) وحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على (٢٧٤) رضى الله عنه اذا توالى على المالك

نجمان رد في الرق علقه به
بهذا الشرط (فلا يوجد
دونه ولقائل أن يقول هذا
استدلال بفهم الشرط
وهو ليس بما عارض لانه يفيد
الوجود فقط والجواب
ما أشار اليه فخر الاسلام انه
معلق بشرطين والمعلق
بشرطين لا يستلزم عند
أحدهما كمال وقال ان دخلت
هذين الدارين فأنت طالق
(ولان عقد الكتابة عقد
ارفاق) مبناه على المسامحة
(حتى كان أحسنه مؤجله
وحالة الوجوب بعد حلول
نجم) فلا رفاق في الطاب
عنده (فلا بد من امهال مدة
ارفاقاً وأولى المدة لذلك
ما توافق عليه العاقدان)
فان مضى النجم الثاني ولم
يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المالك عن نعيم) ثم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر الجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة وحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المالك نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيساراً وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عنده حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد من الامكان الاداء فلم يكن تأخيراً

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً المناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر معطوف على كما هال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكما هال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو أن دليلهما هذا لا يتشبه في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقت عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عنده امهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائها بل يكون عليه حينئذ أن يؤدى نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب انه أسير له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسبب اذا الظاهر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائها فبفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أى كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عنده حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضياً به وأن يكون للقاضي أى فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضياً بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المالك اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبدل المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد من الامكان الاداء فلم يكن تأخيراً)

(قوله والمديون بالجر معطوف على قوله كما هال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية

(قوله والا) ثار متعارضة جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبين ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نعيم
فردها فسقط الاحتجاج بها لان الا^ت ما اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدها من الحجج فيبقى ما قاله من الدليل
بان سبب الفسخ قد تحقق الخ^ا للماعن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أدخل
بنجم عند غير السلطان) المراد بالاحلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفق قاعلي تعيينه في أدائها فاذا أدخل
بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضي (فجبر فرده مولاة برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد (٣٧٣) لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

والا^ت ثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ان مكاتبة له عجزت عن أداء نعيم واحد فردها
فسقط الاحتجاج بها قال (فان أدخل بنجم عند غير السلطان فجبر فرده مولاة برضاه فهو جائز) لان
الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه
عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى
أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو مولاة) لانه ظهر أنه كسب عبده
وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاة وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ
الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعنقه في آخر جز من أجزائه حياته وما بقي فهو ميراث لورثته
ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهم ماويه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعي
رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والا) ثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ان مكاتبة له عجزت
عن أداء نعيم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله
عنه بان الامر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها الى
بالا^ت ثار للعارض لان الا^ت ما اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجج فيبقى
ما قاله من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ^ا للماعن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح
(أقول) هنا اشكال لان ما قاله من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرح حوايه في كتب
الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس
وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الا^ت ثار متعارضة والتاريخ منجهول فيصار
الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير
وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما روينا من حديث ابن
عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه
لا بدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الا^ت ثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في
المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف ينتهز ما قاله من الدليل المعقول الذي مرجعه الى
القياس حجة له ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليأتنا مثل (قوله وقال الشافعي
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

(نام) ليس فيه خيار
شرط وكل ما كان كذلك
(فسخه يحتاج الى الرضا
أو القضاء كالرد بالعيب بعد
القبض) وقد تقدم ان فيه
رواية أخرى أن الفسخ
يصح بلا قضاء ووجهه ان
هذا عيب يمكن في أحد
العوضين قبل تمام العقد
لان تمام الكتابة بالأداء
وتمام العقد بوقوع
الفراغ عن استيفاء أحكامه
فتشبه بهذا الوجه بما لو
وجد المشتري معيبا قبل
القبض وذلك ينقرد
المشتري بالفسخ بلا قضاء
فكذلك ههنا قال (واذا
عجز المكاتب عاد الى أحكام
الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من
الاكساب فهو مولاة لانه
ظهر أنه كسب عبده
وكسب العبد لمولاه) وانما
قال ظهر لان كسبه كان
موقوفا عليه أو على
مولاه لانه ان أدى بدل

الكتابة فهو له والا فله مولاة (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى
ما عليه من ماله وحكم بعنقه في آخر جز من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولدون والمشترون في مال
الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهم ما (وبه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما
تركه لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعني دليل المعقول (قوله وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جهة
أحكامه الحرة رتبة عند الاداء

واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالقصد ومنها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس يعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فمات وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وقرع وتظهيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بلاءه للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدلته بظهور أثره في جنس الحكم المعلق به وغير ذلك (٣٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول الجديدة بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضوع وأمثلة فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجشوع على الركب بحضرة المحققين فذلك النور العظيم قدره والا فبالله ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهالة الذي ظهر عنده ذوى التحصيل عنده وألحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب يموت العاقل لان العقد يبطل بموت المعقود وعليه وهو المكاتب دون السابق

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحل ولا الى الثاني افتقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر التيمم في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمالكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل (قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فهو له وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل مدعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لا ترزیدن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فمطابق المشروح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحققي الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فمعنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب يموت العاقل لان العقد

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع أما المقتضى (لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه) وأما المانع فلان (الموت أنفى للمالكية منه للمالكية) فان المملوكية ضعف والموت لا ينفيه لكونه مجردا صرا فحقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينفيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالقصد ومنها كذلك) اقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) اقول بل هو متعذر التيمم في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب يموت العاقل) اقول هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام المتزني (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) اقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

(في نزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التبرير والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشرط على الشرط أجاب المصنف بتركه (ويكون اداء خلفه كادائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل يفسد الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد (٢٧٤)

فنزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات

يبطل بمرت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والمنافع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو مجرد المبالغة في تحقيق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوازا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب يموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بفتح كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ما إذا فلا مجال لان يكون كلامه ههنا جوازا بغير ذلك السؤال لان بطلان العقد قد يملك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة ادعى الى بقاءه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تنفيذ المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قد ح فيما يجوز لصاحب العتابة من كون كلام المصنف جوازا عما يماز كبر وجهه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك موت الآخر فله صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم إلا أن يحتمل على الكلام التنزلي انتمى (أقول) ليس هذا بتمام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك موت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قواهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبده آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتفي بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك لعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزيل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله في نزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه) هذا الإشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما لا يكون معتقا في نزل موت المولى وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه ههنا زبد ما في شرح هذا الكتاب وغيره في هذا المقام ثم أقول من الجائبات ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في انما تقر بتعطيل

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان اداء خلفه كادائه فيستند الى ما قبل الموت وثبت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذه اجواب باختيار الشق الثاني من التردد وضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليمات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط ناذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل صراحه الى شرح الانقائي ثم اعلم أن الاستناد أن ثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقري حتى يحكم بقبوله في الزمان المتقدم كدافي التوضيح في فصل المأمورية فوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول بطلت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أغنى والحق أن يجعل اضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون اداء خلفه الخ دفعه لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد كانت بقوته اذ لا مالكية لميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا كما مشترك كما لا يخفى والجواب أنهم اخصوا له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امرؤ في الكتابة الخ) الولد المولود في الكتابة يسمى في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالانفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه كسبه فختلفه في الاداء كالترك وفاء وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد قيمة ما علم اعتبره المولود (٣٧٥) بجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا

علائق المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في أكسبه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزئه من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك تورث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعل كمن شخص واحد لا تخادعة الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزئه من أجزاء حياته على ما صرح من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ)

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امرؤ في الكتابة يسمى في كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمه كتابته حق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد ادخل في كتابته وكسبه فختلفه في الاداء وصار كالمولود وفاء (وان ترك ولد امرؤ في الكتابة قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد قيمة ما علم اعتبره المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يصف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لان فصله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر جزئه من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حراً عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعل كمن شخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما صرح قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة ترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)

أعنتنا في هذه المسئلة فينزل حياته قد يراو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشيته صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطأ هو هذا الخطأ فان المقصود من كلمة أو هو الإشارة الى المسالكين المختلفة بين المستقلين في اثبات قول أعنتنا في مسئلتنا هذه فتحقق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك الخطأ الخطأ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد ماضى فخطأه بانه من تمام التعليل المذکور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حياته تقدير أو أنه لا شئ في تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لان فصله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يصر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يصر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فسلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس اسما رتبة حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتباً بالولادة بشرائه اياه تحقيقاً لما صرح به بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصر بمعتقه بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السرية أيضاً بل لصيرورة المكاتب اذا ذلك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا جعل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية

ذكر هذه المسئلة والتي بعد البيان الفرق بين ما صورته المكاتب مات وله ولد حر من امرأته حر وتترك ديناً على الناس وذاً بمكاتبته
 في الكتابة باقية رولا والى الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعنقه حتى
 يردى البذل وانما قد بدله من لانه لورثه عينا لم يأت القضاء بالام لان المكان الوفاق في الحال واما ان الولاء ملو الى الام فلا يلزم
 يحكم بعنقه لم يظهر له رولا في يثب عليه فان جنى هذا الرابحانية وقضى بأي امر يجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
 المكاتب ونسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله اما أنه يقرر حكم الكتابة فلا ان الكتابة تستلزم
 الحاق الولد بالام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجوز ولا عبثه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب
 انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاح عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك
 الرولا فكان ايجاب العقل من لزامها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملازمه واما أن كل ما يقرر رشيلاً لا يبطله فلا يعود على موضوعه بالنقض
 قوله وان اختلف موالى الام الخ (٢٧٦) هو المسئلة الثانية وصورته ما مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيت الحاق الولد بموالى الام واجاب العقل عليهم لم يكن
 على وجه يحتمل أن يعتق فيجوز الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً (وان
 اختلف موالى الام وموالى الاب في ولائه فقطى به موالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف
 في الولاء مقصودا وذلك يثبت على بقاء الكتابة وانتفاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على
 موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانه لى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
 ما يلقى من القضاء فلهذا كان تعجزاً

فقال موالى الام مات رقياً
 والولاء لم يبق موالى الاب
 مات حراً والولاء لنا ففضى
 برلائه موالى الام فهو قضاء
 بالعجز ونسخ الكتابة لان
 هذا الاختلاف اختلاف
 في الولاء مقصودا وهو واضح
 وذلك يبنى على بقاء الكتابة
 وانتفاضها فانها اذا فسخت
 مات عبدا واستقر الولاء على
 موالى الام واذا بقيت واتصل
 بها الاداء مات حراً وانه لى
 الولاء الى موالى الاب وهذا
 أى بقاء الكتابة وانتفاضها
 فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ
 ما يلقى من القضاء واذا
 كان القضاء بالولاء نافذاً
 انسخ الكتابة لان قضاء
 لازمها وهو احتمال جبر الولاء
 لما تقدم في المسئلة الاولى
 ان ذلك جزء اللازم والشئ

ذكر هذه المسئلة والتي بعد البيان الفرق بين ما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق
 بين كل مسئلتين والام تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق
 بينهما فما وجه تخصيص عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين
 خفي فكان بيانه أهم فيهما ولهذا اخص عليه بذكرهما قلنا اختلف الفرق أيضاً متحقق في كثير من
 المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضاً لو كان ذكرهما مجرد بيان الفرق بينهما لما استحققت
 واحدة منهما مما لا ذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة
 بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى
 البيان هو الفرق بين علميهما ما بيان الفرق بين علميهما ما انما وقع في الهداية وعنا ان المسئلتان أنفسهما
 مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما مما بل كان لبيان
 حكمهما في أنفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا
 القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيت الحاق الولد بموالى الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل
 أن يعتق فيجوز الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً) قال صاحب العناية في حل
 هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله اما أنه يقرر حكم الكتابة فلا أن

ينبغي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطولان وفى
 صيغته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه
 اذا لاقى فصلاً مجتهداً فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في زفادها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهى قوله وان اختلف موالى الام (قوله لانه لورثه عينا لم يأت القضاء) أقول أى على مذهبنا
 (قوله مات رقياً الى قوله مات حراً والولاء لنا ففضى بولائه) أقول الضمير المستتر فى مات رقياً والمستتر فى مات حراً ارجاع الى الاب والضمير
 فى قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى على أن مقصود كل واحد من تينك
 الطائفتين قرار الولاء عليه فاخصماهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال بتصوير الولاء ملو الى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا
 يستقيم قوله وذلك يبنى (قوله لان قضاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسأحة حيث لا يطاق تعليله للعلل ظاهراً فانه جعل احتمال
 جبر الولاء لازماً فى المدعى وجزء اللازم فى الدليل وتوجيه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

قال (وما أدى الكاتب من الصدقات إلى مولا الخ) إذا كان

فأما أن يجز بعد أدائه إلى المولى أوقبه فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة غنى أو هاشمي فإنه لا يطيب له ما لان المباح له يتناول على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وإن كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله طاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المالك اذا عجز ملك المولى كسابه ملكا مبتدأ وهذا أوجب نقض الاجارة في المسكانب اذا أجر أمته طئرا ثم عجزوا كذا عند أبي يوسف رحمه الله وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنه فانه للمولى نوع ملك في كسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق وبصير عجز لا يوجب فسخ الاجارة

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي ان اصدقة وانساء مديبة وهذا بخلاف ما ذابح للغنى والهائشي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع ونظيره المستتري شراء فاسدا اذا اباح الغنيير لا يطيب له ولو ملكه طيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فيكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبديل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تسلمت اطلاق الولد على الام واجباب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر
ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى
لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء
فيكان اجابا العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملازمه وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلا
يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان
قوله ثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملازمه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملازم بل واز أن يكون
اللازم أعين من الملازم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقيق الخاص والظاهر فيما نحن فيه
عموم اللازم لان اجباب العقل على موالى الام يتحقق في صورة أن يقتضى بغير المكاتب كما يتحقق في
صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا لاجباب
العقل على موالى الام بل لاجبابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر ولواء ابنه الى مواليه
واجبابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم
بانتهاء جزئه وهو احتمال جبر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان المانع أن
يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بجواب
جنسية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخالف التعليق المذكور عن نوع
المصادرة فأمّا (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك)
وتبديل الملك بمنزلة تبديل العين في الشريعة كذا في النكاح وعامة الشرع فان قيل إن ملك الرقبة
كان للمولى فكيف يتحقق تبديل الملك فلنملك الرقبة للمولى كان مغلوبا بمقابلته ملك السيد للمالك
حتى كان للمالك أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف
في ملكه ثم بالحجزة يعكس الامر وليس هذا الابتداء للملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض
صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظرا لا نالنا ان ذلك
تبديل ولوثن كان فلا نسلم ان منزلة تبديل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول
كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند
كلهما مانعان دأب المناظر بين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد
وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسدا لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا من محض كثرة فلا يلزمه
البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل بكثرة ادلائك ان الانعكاس يقتضي التبديل
بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبديل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبديل العين
انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل
الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وله الأول أن يقال للمولى لم يكن له ملك يد قبيل العجز
بحصوله فكان تبديلا اه ورد عليه الشارح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

المساكين فيما مضى كالعبد المأذون وله إذا أجر المكايب أمته ظننا ثم عزلايو جب فسخ الاجارة

لان الخبث ليس في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ اذ لا يكون اذ لا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا
 لهاشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كان السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما اخذوا من
 الصدقة فانه يطيب لهم ما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ
 قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى ا كسابه ملكا ممتدأ بل كان له نوع ملك في ا كسابه وبالحجز
 يتا كذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتمحق بتبدل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان
 مغلوبا في مقابلة ملك السيد لكاتب (٣٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالحجز ينعكس ذلك
 وليس ذلك الا بتبدل الملك
 للمولى وفيه نظر لانا لنسلم ان
 ذلك تبدل وان كان فلان سلم
 ان مثله بمنزلة تبدل العين والعل
 الاولى أن يقال المولى لم يكن
 له ملك يد قبل الحجز وحصل به
 فكان تبدلا قال (واذا جني
 العبد فكاتبه مولا له الخ) اذا
 جني العبد فكاتبه مولا له
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل
 مختارا للفداء ويجب عليه
 قيمته أما الاول فقدم علمه
 بالجناية وأما الثاني فلان
 الدفع قد تم ذر بفعله وهو
 الكتابة كالموا بعه وهو لا يعلم
 بالجناية فان يجوز خيرا للمولى
 بين الدفع والاداء والفداء لان
 هذا أي أحدهما من الاخرين
 موجب جنابة العبد في الاصل
 والموجب الاصل لا يتزل الا
 بما منع فان الاصل عبارة عن
 حاله مستمرة لا تتغير بالامور
 ضرورية والمانع عنه حال
 الكتابة قائم أما عن الفداء

لان لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ اذ لا يكون اذ لا به ولا يجوز ذلك للغني من غير
 حاجة وللهاشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كان السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما اخذوا من
 اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما اخذوا من الصدقة فانه يطيب لهم ما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
 واستغنى يطيب له ما بقي في يده (واذا جني العبد فكاتبه مولا له ولم يعلم بالجناية لم يجعل
 يدفع أو يفدي) لان هذا موجب جنابة العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير
 مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل
 هذا أيضا كلام لغو اذا ان يكون له ملك رقبة قبل الحجز لا ينافي تحقيق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والضوابط في الرد عليه ههنا
 أن يقال هذا الذي ذكره في المال عن الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه النظر عليه مع
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم بتبدل ملك السيد دون بقاء ملك الرقبة بان
 ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك السيد فكان اعتبار احوال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار احوال
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره ههنا من عند نفسه وادعائه أولى من ذلك
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال
 بعض الفضلاء فعلى هذا الواح الفقير للغني أو الهاشي ينبغي أن يطيب له ما عنده اذ لا اخذ منهم ما
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهم ما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهم ما الاخذ من يد الفقير
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تم تحقيق في حقهما ههناك سبب الخبث اذ لفرق في اثار الخبث
 بين اخذ من واحد واخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه
 الاخذ لان يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان ا كسابه ملك مولا له عند أبي يوسف فبالحجز
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بان السبيل اذا
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما اخذوا من الصدقة فان قلت لاشك انه كان
 للمكاتب ملك السيد قبل الحجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالحجز انتقل
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الاتقال ضروري
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم أن يعد ذلك اخذا فاللزم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فما صرح من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذر به الكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشي لزيادة حرمة) أقول فعلى هذا الواح الفقير للغني أو الهاشي ينبغي أن يطيب
 له ما عنده اذ لا اخذ منهم ما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول تغليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه
 نظرا لانا لنسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبدل ملك السيد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعل
 حلالا لطيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمنزلة أولى (قوله ولعل
 الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور
 فيه فليتام (قوله اذا جني العبد فكاتبه مولا له ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أي اذا كان قيمته أقل من
 أرض الجناية والا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أي وكما من عود الحكم الأصلي إذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجنابة حتى يجزئ ما بين من زوال المانع وإن قضى به أي بموجب الجنابة عليه أي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو أي ما قضى به من موجب هذين في ذمته ببيع فيه واعلم أن المكاتب إذا جنى جنابة خطأ فإنه يسهى في الأقل من قيمته ومن أُرش الجنابة لأنه لا يدفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجنابة عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الأقل من القيمة ومن أُرش الجنابة ألا ترى أن في جنابة المدبر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمته ما ومن أُرش الجنابة لأنه أحق بكسبه ما عكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره وإذا علمت هذا ناهيك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجح إليه أبو يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أولا ببيع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فالجنابة عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أُرش الجنابة وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أُرش الجنابة ولنا القول بالموجب وهو أناسنا أن المانع من الدفع قائم ولكن (٣٧٩)

ولاشك في قبوله لا يمكن انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب نصير ما لا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا مكان عود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف

(وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بيننا من زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين ببيع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجح أبو يوسف إليه وكان يقول أولا ببيع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء للتردد واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التسدير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كي لا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذا الكتابة بسبب الحرية وسبب حق المرحمة (وقيل له أذا مال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من يدهم والذي كان سببا للثبوت انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند إباحة الفقير للعتق أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب نصير ما لا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع

الفسخ على القضاء للتردد واحتمال عوده بخلاف التسدير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لأن سبب حرته وحرية حقته فهي سبب حقه وسبب حق المرحمة لا فضائه إلى حصوله فالكتابة حقه فإذا مات المولى لم تنسخ كي لا يؤدي موته إلى إبطال حق غيره ويقال له أذا مال إلى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلا لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لأن المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كما قطعه بخلاف ما إذا كان مريضا وكتبه فان المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالا أو يرد رقبته لأنه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كسقاطه (قوله إلا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البديل فصار لورثته وهو تغير فقال قباهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لأن ما بقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا كذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أي وكما من عود الحكم الأصلي) أقول والاولى أن تجعل الإشارة إلى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الأصلي (قوله وهو دفع الرقبة إلى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفا أن الموجب الأصلي أحد الأمرين لأن أحد الأمرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه إلى القيمة ثم اعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فإن اعتقه أحدنا رثة لم يمتد عتقه لأنه لم يملكه إذا لم يملكه لا يملكه بسبب المال فكذلك بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وإن اعتقه ربه جميعا عتق) استعسانا وجه التيسار ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستعسان أن يصير اعتناهم إبرا عن بدل الكتابة فأنهم لما كانوا يجران الارث فيه (٣٨٠) (وإذا برئ المكاتب عن جميع) (بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه ولاءه) فإن قيل فأجعل اعتنا أسد

(فإن اعتقه أحد الورثة لم يمتد عتقه) لأنه لم يملكه وعنه هذا لأن المكاتب لا يملك بسبب المال فكذلك بسبب الزمانة وإن اعتقه وجميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبرا عن بدل الكتابة فأنه عتقهم وقد جرى فيه الارث وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا اعتقه أحد الورثة لا يصير إبرا عن نصيبه لأننا نجعله إبرا عن اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لافي بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبرا الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقه ويسمى ولاء عتمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما إذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فنأين ثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى إلا بالقضاء أو الرضا

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لأن الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وإن كان من آثار الاعتاق أيضا إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأمر على المؤثر ثم إن الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقه وولاء الماراة به لأن حكمهما هو ما هو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصر والمجبة لأنها اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلا لأن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقه وولاء الموالاة لاصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذا اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلا لأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما اذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقه وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصر والمجبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

الورثة إبرا عن نصيبه قلنا لا يسع لنا نجعله إبرا عن اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كله لأن عتقه معلق بقروط جميع البذل واللهذا الزاير المورث عن بعض البذل لم يعتق منه شيء وإذا لم يمكن إثبات المقضي لا يثبت المقضي فلا وجه لإبراء البعض وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأمر على المؤثر والولاية في اللغة عبارة عن النصر والمجبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) ينوع الولاء باختلاف السبب إلى نوعين فالاول (ولاء عتاقه ويسمى ولاء عتمة) فتقاء بقوله تعالى واذنقولا لذي أنم الله عليه وأنعمت عليه آى بالاعتاق وهو زيد

كتاب الولاء

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاية وولاه مولاة وسببه العتق
وايهذا يقال ولأه العتاقه وولاه مولاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصير وكانت العرب
تناسر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناسرهم بالولد بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم
منهم والمراد بالخليف مولى المولاة لانهم كانوا يؤكدون المولاة بالخلف

وسمى الاول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناسر يوجب الارث والعقل اه
(أقول) فبسه خلل لان الولاية المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل
يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن مجديين للفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى
بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاية بمعنى النصرة والمحبة واغما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي
بمعنى القرب وبين الولاية بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال
بينهم مولاة اي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاية كاحدة النسب أي وصلة كوصلة النسب
اه فالولاية الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة اغما يشق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا
قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاية في اللغة مشتقة من الولي بمعنى القرب وقيل الولاية
والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقه وولاء المولاة اه وقال في التبيين
هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو المولاة ثم قال أو من المولاة وهي مفاعلة من الولاية
بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقه وولاء المولاة اه فقد ظهر أن قول
صاحب العناية الولاية في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين
المعنيين واخلاق بشق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه
كان الولاية) اغما في سببه وله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فهم يقولون سببه الاعتاق
ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاية على ملكه لا يرى أنه يقال ولأه العتاقه ولا يقال
ولأه الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاية على ملكه لا يرى أنه يقال ولأه العتاقه
بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا بده في جلة الشروح ههنا
وقال في البدائع أما بسبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصلته وهو الاعتاق أو ما يجري مجرى
الاعتاق شرعا كشرائه القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صلته بأن ورث قريبه وسواء
أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاتاق عن كفارة التل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء
كان الاعتاق بغير بدل أو ببذل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجرا أو معلقا بشرط أو مضافا الى
وقت وسواء كان صريحا أو مجريا الصريح أو كناية أو مجرى مجرى الكناية وكذا العتق
الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاية على من عتق من غير فصل الى غنا
لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور والزبورة كالأحمال نظر فان
في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صلته كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله
عليه الصلاة والسلام الولاية على من عتق فليست في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصير) قال صاحب
العناية قوله والمعنى فيهما التناصير بيان مفهومهما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس
مفهومهما الشرعي مطلقا التناصير بل تناسر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزيور
وغيره وبه هذا المصريح يتنازع مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد
المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصير بل خصصه بما هو المعبر

بقوله صلى الله عليه وسلم
الولاية على من عتق
ذلك صحيحا لانه لو عتق
على الرجل قريبه بالوراثه
كان الولاية له ولا اعتاق
لخلف العتق سببا أولى
لعمومه والثاني ولأه مولاة
وسببه العتق قد عد على
ما سئل (قوله وله) هذا
يقال ولأه العتاقه وولاه
المولاة) بيان لسبب
النوعين فان كلا منهما ما
يضاف الى شيء والاضافة
تدل على السببية كما عرف
في الاصول وقوله والمعنى
فيهما التناصير) بيان
مفهومهما الشرعي (قوله
وكانت العرب تناسر
بأشياء) بيان وجوه
التناصير فيهما فان العرب
كانت تناسر بهما
وبالخلف والمناطة (و قد
(قرر النبي صلى الله عليه
وسلم تناسرهم بالولد
بنوعيه فقال ان مولى
القوم منهم وحليفهم
منهم والمراد بالخليف مولى
المولاة لانهم كانوا يؤكدون
المولاة بالخلف)

(قوله استدلالات بقوله عليه
الصلاة والسلام الخ) أقول
ويجى وجواب استدلالاتهم
بعد سطور (قوله فمجل
العتق سببا أولى لعمومه)
أقول الا صواب تبديل
الاولى بالصواب (قوله

بيان لسبب النوعين) أقول أي لسببية سببهما

قال (واذا أعتق المولى ملوكه الخ) (٣٨٣) اذا أعتق المولى ملوكه كل الزلافة لقوله صلى الله عليه وسلم الزلامان أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى ملوكه فلو أنه لقوله عليه الصلاة والسلام الزلامان أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياء معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الزلافة كالزلافة

في مقررهم ما الشرعي على انك لو كنت مراده بيان مقهورهم ما لغويا كن أو شرعيا فقال ومعتناهما التناصر دون أن يقول بالمعنى فمما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهم الا بيان مفهوما وما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى قيمهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهم ما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى ملوكه فلو أنه لقوله عليه الصلاة والسلام الزلامان أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك ان حل هذا الخلل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الزلافة لا بيان علة الزلافة والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الزلافة ولازم الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على ان جنس الزلافة ان أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلاحي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل لست استدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيادات يصلح له ما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى أن الاعتاق مشا لا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الضرور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياء معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الزلافة كالزلافة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم ينتصر بغرم عقله والمولى أحياء معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً الا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيد والدين وأشباه ذلك وبالإعتاق ثبتت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحياء غير معنى ورثه كالوالد فيصير الزلافة كالوالد والولاد يوجب الارث يوجب الارث فكذلك الزلافة اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل على ذلك لانه اعتبره النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم ينتصر بغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذا المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغنم وأيضا قد استدلل على ان من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجوع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو التناصر لا المنتصر على ما تقر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث وهو في هذا

أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغرم بالغنم فحيث يغنم ينتصر بغرم عقله والمولى أحياء معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً الا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيد والدين وأشباه ذلك وبالإعتاق ثبتت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحياء غير معنى ورثه كالوالد فيصير الزلافة كالوالد والولاد يوجب الارث فكذلك الزلافة ولانه ثبت أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خير بأن المراد من قوله وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الزلافة بل يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

فقلوه (ولان الغنم بالغرم) بخدم الوجهين فلهذا آخره (قلوه وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاعة معتقة لها المارو يسلم من قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله المارو يسلم معسنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم ماتت المعتق وترك ابنته فجعلى النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوى في ثبوت الولاء لاعتاق بمال وبغيره لا طلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائت فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح (واذا أدى المكاتب عتق وولاه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قرناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصى بعد موته كفعله وان تركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاهم له) لانه أعتقه بهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك دار حم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لاخر فاعتق مولى الامه الامه وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل للمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جز منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولأوه عنه فلا يجارونا

الكذاب أيضا في باب النسخة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغرم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شأن ان غنم شخص لا يصير سببا للغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان الناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالعكس بسبب اعتاقه اياه فيعقله أى فيعقل المعتق بال كسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب الماقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا آخره اه (أقول) يريد الوجهين العقل والارث لكنه منظوره فيه أما أولا فلما بينهما عليه في امر أنف من ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلائنه جعل قول المصنف فيما قبل ولان الناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أن الوجهين انما يقول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين معا ل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكانت له قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فبرثه ولان الغنم بالغرم حيث يغرم عقله يرثه له كما ان قوله فيما سياتى ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله المارو يسلم معسنى كما صرح به الشارح المزمور وغيره هناك وتطأه هذا أكثر من ان تخصي (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لاخر فاعتق مولى الامه الامه وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل للمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا النظم التدورى قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولأوه عنه فلا يجارونا وقال الشراح انما صار الحمل معتمدا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتمدا مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ما ذكرنا ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاهم له فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجبر ولأوه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا كالمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

كان مملوكا كالمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا اعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليه بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهم ما يتعلمان معا فان قيل الجبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء المقصود لان عامه بالاحباب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولاؤه الى الام لانها لما ولدت اذ ذلك لم يتيقن لقيام (ج ٣٨) الجل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبع الام لا تصالها به بعد عتقها فيعتقها في الولاء فان

أعتق الاب رجلا ولا ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لكمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما كان ولد الملاعة ينسب الى قوم الأم ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة اصرأه مكاتب فمات عن وفاء وأعتقت المعتدة عن طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لا ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه يعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الجل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهم ما يؤمان بتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء المقصود لان عامة الاحباب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه الى الام) لانه عتق تبع الام لا تصالها به بعد عتقها فيعتقها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب رجلا ولا ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبع الام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لكمة النسب لا يباح ولا يوجب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعة ينسب الى قوم الأم ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير من اجعا

فانه قال ههنا وان أعتق حاملا عتق حملها تبعها اذ هو متصل بها اه والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا للبتة لا مقصودا فليست امل في التوفيق (قوله فان أعتق الاب رجلا ولا ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل القسح بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينسخ بعد ثبوته قلنا لا ينسخ ولكن حدث ولا عولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لا ينسخ الولاء بل قدم عليه ولا عولى منه في الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن موالى الى موالى كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالرجل (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولاء ابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء

الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمه الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير من اجعا الولد

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أى ظاهرا للجل كما يشير اليه قوله فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانهم لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن يقول فولاؤه لموالى الام تبعا حتى تتمصل المطابقة (قوله ونقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقض على قوله اذ لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق يعتق الجل تبع ما يجر الاب ولاءه فانه اذا جازت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعه الا أنهم ولا عاقلة لا بينهم ولا موالى فالحق وعوا الى الام ضرورة كما في ولد الملا عنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جروا لاء الأولاد الى نفسه) لما بيننا (ولا ير جعون على عاقلة الاب بما عاقلوا) لانهم حين عقاقوه كان الولاء بانباتهم وانما ثبتت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملا عنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملا عن نفسه حيث ير جعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العاقق وكانوا محجوبين على ذلك فير جعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لعتق ذرا ضافة العلق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعيًا فلم لا يصير مرجعًا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامه امرأه مكاتب فبات عن وفاء وأعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لعتق ذرا ضافة العلق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعًا بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لينتقل النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فمولى الرجعي فمولى الولد لموالى الاب لثبوت نسبه بجمعه وذكرك لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملا عنة وكلامه فيه واضح

بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لينتقل النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فمولى الرجعي فمولى الولد لموالى الاب لثبوت نسبه بجمعه وذكرك لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملا عنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم يعتقد من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقد أنه من العرب فولاؤه لأبوه وأولادها لموالها عند أبي حنيفة
 رحمه الله وأموالهم لهم لا لأبوي أرحامه حتى لو تزك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن له من أبي في وجود معتق الأم وعصبة وعند أبي
 يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولا عتاقة وانما يرث ماله بين ذوى أرحامه كما إذا كان الأب عربا والأم معتقة
 فإنه لا يكون ولاؤه مالا إلى أمه لأن النسب إلى الأباء فان قيل لما كان النسب إلى الأباء وجب أن ينسب إلى الأب الحرة والعبد وليس
 كذلك أجاب بأن العبد ماله معنى (٢٨٦) لأنه لا يملك شيئا ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى

قال (ومن تزوج من العجم يعتقد من العرب فولدت له أولاد فولاؤه لأبوه وأولادها لموالها عند أبي حنيفة
 رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب
 عربا بخلاف ما إذا كان الأب عبد الله هالك معنى ولهما مان ولأه العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام
 حتى اعتبرت الكفاة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذالم تعتبر الكفاة
 فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربا لأن أنساب العرب قوية
 معتبرة في حكم الكفاة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في
 مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير بنطى كافر تزوج معتقة كفرة
 ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد وموالهم موالى أمهم وقال أبو يوسف
 موالهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كل ولد بين واحد من الموالى
 وبين العربية ولهما مان ولأه الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ ولأه العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر
 في مقابلة القوى

أومن كان ميتا فأحييناه
 فصار حاله هذا الولد في
 الحكم حال من لأب له
 فينسب إلى موالى الأم وهذا
 المعنى معدوم إذا كان الأب
 حرا لأن الطريقة حياة باعتبار
 صفة المالكية والعرب
 والعجم فيه سواء ووجه
 قولهم ما ذكره في الكتاب
 ومعنى قوله حتى اعتبرت
 الكفاة فيه أن الناس
 يتفخرون بالعتاقة
 ويعتبرون بها في الكفاة
 فمن له أب واحد في الحرية
 لا يكون كفوا لمن له أبوان
 فيها والنسب ليس كذلك
 فإن العجم قبل الإسلام لم
 يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم
 بمسارعة الدنيا حتى جعلوا
 من له أب واحد في الإمارة
 كفوا لمن له أبوان في ذلك
 قال المصنف رحمه الله
 (الخلاف في مطلق المعتقة)
 وانما قال ذلك لأن محمد
 رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا
 حتى لو تزوج بمعتقة غير
 العربي كان كذلك فكان
 وضع الفسخ في معتقة
 العرب اتفاقا وذكر لفظ

فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبد الله هالك معنى) لأنه لا يملك شيئا ولأن الرق أثر الكفر
 والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لأب له
 فينسب إلى موالى الأم ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه إن كان المراد بكون العبد
 هالكاً معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لأن الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد
 عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعدم موته إذ عند حياته هو
 مقدم عليهم وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوة وإن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر
 من قولهم فصار هذا الولد كأنه لأب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمي إليه
 بأبيه العبد من الأقارب الأحرار كالأجداد والأجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم
 مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تدبر في كتب الفرائض أن
 المحرم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقى لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جميع ما يرث الأب بعد
 عند حرمان الأقرب فالأولى ههنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الأب عبد الله لأنه لا أهلية له لرفقه كما مر فإ
 لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولأمواله سواء كان حيا أم ميتا تدبر (قوله ولهما مان ولأه
 العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فأنهم ضيعوا
 أنسابهم ولهذالم تعتبر الكفاة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن
 يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الأم في هذه الصورة مقدما في الإرث على العصبات
 النسبية لأولادها بل على أصحاب الفرائض لهم إذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب

الجامع الصغير ليان أن محمد رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولا شتماله على ولأه الموالاة وذلك واضح في
 الكتاب (قوله كل ولد بين واحد من الموالى) يعنى العجم فإن العجمي إذا تزوج بعربية فولدت أولادا فأنها تنسب إلى قوم أبيهم فكذا
 إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة

(قوله لا ذوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولأنه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت إلى قوله والنسب
 ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعنى وانما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا فغلبه الخلاف وأما ان كان الابان معتقين (ف) تندأجمعوا ان (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم لم يرأى لمسة كاهمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الرأى الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به أى بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصية) التعصية هو جعل الانسان عسبة ومنه قولهم الذ كرىعصب الانثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من ائمة والخالصة لقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشترى عبدا فاعاقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير له وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعنى فى الدين وقوله ان شكرك يعنى ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب الى مائذب اليه وشركك لابنه وصل اليك بعض الثواب فى الدنيا فتقتص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله فى الآخرة وشركه لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عسبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنه ما (٢٨٧) على سبيل العسوبة مع قيام وارث) هى بنت الميت وذلك لان

النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعسبة هو الذى يأخذ ما بقتة الفرائض (واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عسبة وارث عسبة استدلالا بإشارة الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثانى أى بحديث بنت حمزة فتأخر عن العسبة دون

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهم ما استواى والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصية وهو أحق بالميراث من العمة والخالصة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبدا فاعاقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضى الله عنه ما على سبيل العسوبة مع قيام وارث واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه (فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عسبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العسبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عسبة من النسب فميراثه للمعتق) تأويله اذ لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عسبة على ما رويناه وهذا لان العسبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعسبة تأخذ مابقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبيت المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جرولا معتقه ونصرة الجرولا منها ما

الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب فى حق العجم ضعيقا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم فى الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العسوبة أو جهة الفرض موالى الاعتساف لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق العجم مع أن المسئلة فى الارث ليست كذلك اذ قد تقر فى كتب الفرائض وسيجيى فى نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقة مؤخرون فى الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل فى التوجيه

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أى للمعتق (عسبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله) أى تأويل قول القدورى (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا هذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهم ما لا سوى حال الفرض وهى العسوبة أما اذا كان فله أى فلهل هذا الوارث الباقي بالعسوبة وليس للمعتق شئ والثانى ان معناه ذو حال واحد كالبنث أما اذا كان مثل ذلك فلامعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثانى أوجه لانه عال قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عسبة على ما رويناه) وهو إشارة الى قوله ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وعذا) إشارة الى قوله لانه عسبة يعنى انما كان عسبة (لان العسبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القيمة وتقريره العسبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر فى أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعسبة تأخذ مابقى) تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عسبة والعسبة تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبيت المولى دون بناته) لما ذكرنا فى الكتاب وقوله (قدمناها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها الا أكثر من ستة أشهر الى أن قال جرولاب ولاء ابنه وقد ذكر جروالمعتق ومعتق المعتق فى النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب منه

(قوله التعصية هو جعل الانسان عسبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر هنا يعنى الفاعل

(قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الرأى من أعتق أو أعتق من أعتق وتقر به ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهة شيء ينسب إليه لانه عليه اذ ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاه لان المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفرائس والفرائس انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو عصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاحباب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصره فيختار فيه من تكون به النصره والنصره بالاذن كوردون الأناث حتى لو ترك المولى أباه وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وصورة امرأه أعتقت عبداتها ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فبأنه لابن خاصة عند عمو وهو قول أبي يوسف وأولاً ثم رجع فقال لا يهب السدس والباقي لابن لان الولاء تستحق بها كالبثوة لان الرأى يستحق بالعصوبة والاب عصبه عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حومان الاب ولا يذالم يصر محررا وما عند ميراثها فكذا (٣٨٨) عن ميراث معتقها ولهم أن أقرب العصبان يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق

ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة ما ينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاهما بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفرائس وصاحب الفرائس انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصره به حتى لو ترك المولى أباه وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه أقرب بهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيه المالك كذا لأن عقل جنابة المعتق على أخيه لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتهما (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق لابن دون بنى الابن لان الولاء الكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى أقرب

والابن هو والعصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أباه وأخاه لأب وأم وأولاد كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضى الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبداتها ماتت وتركته ابنا وأخاه مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيه المالك كذا لأن الابن أقرب في العصوبة لان عقل جنابة المعتق على أخيه لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتهما وأولادها على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو

فصل في ولاء الموالاة الخ آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوى لانه غير قابل للنحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان المولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمى ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء أصلا ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا لولاء العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيره هو أن يسلّم رجل على رجل فيقول للذى أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى مت فميراثى لك وان جنت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما سببه غيره

ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق لابن دون بنى الابن لان الولاء الكبير هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم ومعنى الكبير القرب في العصوبة لاني السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم ماتت المعتق فالولاء بينهما متفقين لاستواءهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبى أقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة الخ آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للنحول بل كن أقوى بخلاف ولاء الموالاة فان المولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الرأى قد تقدم لخصه واصطلاحا

(قوله وكل من ثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله وفي قوله لانه راجع الى من والضمير في قوله عليه راجع الى قوله شيء (قوله وصورة امرأه أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو والعصبة دون الاب) أقول فضلا لأن يكون أقرب العصبان (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولأن امرأه أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

فصل في ولاء الموالاة الخ

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له أو غيره واليه على أني أنمت غيري لك وإذا جئيت ففعل على عليك وعلى عاقلةك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء مولاه مع أحد وقد عقل عنه (٣٨٩) والثالثة أن لا يكون عربياً فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان مولاه الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تنسيب

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره ميراثه للولي) وقال الشافعي رحمه الله المولاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للوصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في المولاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته وهذا يشير إلى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق

إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء مولاه مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربياً انتهى (أقول) فيه كلام أما أولاً فلا لأن الشريطة الأولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا وجه له في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربياً الآن يكون ذكر الثالثة استقلاً من قبيل التصريح بماعلم التزاماً وأما ثانياً فلا لأنه ان أراد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس يصح اذ من شرائطه أيضاً شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضاً حيث قال وانما يصح ولاء المولاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضاً حيث قال وله شرائط وعدمها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالفاً عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثاً ولا يكون للسؤال والجواب الذين ذكرهما صاحب العناية متصلاً بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والالاي توجه ذلك السؤال رأساً فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلاً وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان مولاه الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضاً من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور المولاة اذ لا شك أن عقد المولاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز مولاة العبد أصلاً بغير إذن مولاه وان أذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضاً خللاً فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى لا وجه له لان عقل الأسفل أيضاً شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد المولاة فهي عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضاً شرط بل هي أظهر

(قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن لا بد من العقل المولاة أو يتحول بمولاه إلى غيره مولى الأب اذ لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق فيه (قوله والثالثة أن لا يكون عربياً) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغني عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أو اذن المولى والمولى (قوله فان مولاه الصبي والعبد باطله)

(٣٧ - تكمله سابق) أقول أما الصبي فلا لأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضاً لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه (قوله فان مولاه الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي ومولاة الصبي باطلة وكذا ان وإلى رجل عبداً الآن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يولى الصبي باذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى (٣٩٠) منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى
 بكل ماله لا آخر وله وارث
 معروف وأجيب بأنه جعله
 بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب
 الإرث والقرابة أدرج لان
 القرابة متفق على ثبوتها
 شرعا وان اختلفوا في
 كونها سببا للارث وعقد
 الولاء مختلف في ثبوتها
 شرعا ولا ينفرد الضعيف في
 مقابلة القوي فلا يظهر
 استحقاق المولى معه بهذا
 السبب في شيء من المال
 بخلاف الوصية بالثلث
 فانها احالة في المال
 مقصودا فلا يمكن جعل
 الثلث له الا بطريق
 الوصية لانه ما أوجب له ذلك
 مقصودا ولا بطريق الارث
 لترجح استحقاق القريب
 عليه

قال المصنف (ولا بد من
 شرط الارث والعقل كما
 ذكر في الكتاب) أقول
 أشار به الى ما ذكره
 القدرى قبل هذا واذا
 أسلم الرجل على يد رجل
 ووالاه على أن يرثه ويعقل
 عنه واعترض الاتقاني
 على وجوب اشتراطهما
 في صحة العقد ولا يخفى على
 المتأمل دفع اعتراضه
 (قوله لان القرابة متفق
 الخ) أقول بحيث يترتب
 عليها الأحكام كحرمة
 المصاهرة وجوب النفقة

في مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها
 بخلافه في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

بصرحوا

وخلا قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٣٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو
تضرر الوكيل بسبب
الضمان عنه درجوع
الحقوق عليه اذا كان نقد
من مال الموكل على ما
في الوكالة فإما معنى اشتراط
توقف الفسخ هنا على

حضرة كل واحد من الأعلى
السفل وأجيب بأن سبب
الاشتراط ههنا هو السبب
هناك وهو دفع الضرر فان
العقد كان بينهما وفي تفرد
أحدهما الزام الفسخ على
الآخر بدون علمه والزام
شيء على الآخر من غير
علمه بنشئه ضرر لا محالة
لان فيه جعل عقد الرجل
العاقل اليافع كالعقد
وفيه ابطال فعله بدون علمه
وخلا قوله (لانه فسخ حكمي
بنزلة العزل الحكمي في
الوكالة) فان عزل الوكيل
حال غيبته مقصود الايصاح
وحسب كما يصح كالأعتق
العبد الذي وكله ببيعته فإنه
أورد عليه لما إذا جعل صحة
العقد مع الثاني موجبة
فسخ العقد الاول وأجيب
بأن الولاء كالنسب والنسب
مادام ثابتا من انسان
لا يتصور ريثوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا أن
من ضرورة صحة العقد مع
الثاني بطلان العدة الاول
ذكر ذلك كله في النهاية والله
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد اختلاف ما إذا عطل الأسفل
مع غيره بغير محض من الاول لانه فسخ حكمي بنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عطل عنه لم يكن
له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه يتعلق به حق الغير ولانه قضى به الفسخ ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول ولده كذا اذا عطل عن ولده لم يكن له كل واحد منهم ما أن يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لولي العتاقة أن يوالي أحدا) لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الأدنى

يفسر حواشي من ذلك عند تفهيم عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون
بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عنه درجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على
ما هو في الوكالة فإما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والسفل وأجيب
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر
بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز
بدون العلم كذا في الشرح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب
الغنية ذكر الجواب على هذا الوجه فكذا اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام
فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمرا ظاهرا لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهم ما في فسخ العقد عنه عدم علم الآخر بل ارب
فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي
يكربه ولا يتعدى دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على
حضرة كل واحد منهم ما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الآن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما
تعيين في صورة العزل عن الوكالة لانه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمج زائد لكن فيه ما فيه فتأمل
وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان
الفسخ من الأسفل فلانه رعايتا الأسفل فيجب الأعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير
مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلائ الأسفل رعايتا عبيدا على حسب ما أن
عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى فيجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية
ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ
بدون علم صاحبه ضررا لا غمرا وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله
لانه فسخ حكمي بنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لما إذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة
بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ريثوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في جملة الشرح
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول
ان توليهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ريثوته من غيره ممنوع فإنه اذا كانت الامه بين شريرين
فجاءت بولد فادعياء ثبت نسبه منهم ما عندنا كما هو في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلا ومشروحا

(قوله وخلا قوله الانه الخ) أقول معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث
(قوله وخلا قوله لانه فسخ حكمي) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا في السابق

قبل الموالاة تغير مال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدموته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى
اسل فتكون مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا أي جلسته
على امر يكرهه وفي اصطلاح (٢٩٣) الفقهاء عما ذكره قوله اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسده

كتاب الاكراه

قال (الاكراه ثبت حكمه اذا حصل عن بقدر على ايقاع ما توقعه به سلطانا كان أو لهما) لان الاكراه
اسم اشعل بفعلة المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسده اختياره

والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا
النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينتقي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس
فن أين يتصور الاستدلال بحجة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم أقول يمكن
أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب مادام ثابتا من انسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت
نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاهما أحدهما أولا والاخر
ثانيا فاما ثبتت نسبه من الاول دون الثاني كالفصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني
بأن القياس في مجرده عدم صحة اجتماع ثبوته للشخص في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل
التعاقب لافي عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه امر آخر ناشئ من كون الثابت لازما
وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الخبيثة فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب
فتأمل والله الموفق

كتاب الاكراه

قبل في مناسبة الوضع لما ذكره ولقاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكره الموالاة لمناسبة ولقاء العتاقة لاق
اراد الاكراه عقيب ولقاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولقاء
الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدموته الى حله
بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة الى حله في عامة المواضع
ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا كراهي أي جلسته على
امر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط أن الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتقي
به رضاه أو يفسده اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان
المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر وبإباحة ورخصة وبأثم مرة
وبوئجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكروه فيحدث في المحل
معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الواقي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على
ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتقي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ذلك ان
تختار من هذه الثلاث أي شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيعني عما يتعلق
بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيما أتى في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعل المرء
بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتقي به رضاه وهو أعظم من أن

استتياره مع بناء أشليته
وتفسيره أن يحمل المرء بغيره
على المباشرة جلا ينتقي به
رضاه وهو أعظم من أن
يكون مع فساد اختيار
أومع عدمه وهو إشارة
ان نوعي الاكراه أو يفسد
به اختياره وذلك يستلزم
نفي عدم الرضا وهو إشارة
الى القسم الآخر لكن
لا بد من تقدير لافي أو
يفسده اختياره فذلك
أنواع الاكراه الثلاثة
وموضعه أصول الفقه

كتاب الاكراه

(قوله وتفسيره أن يحمل
المرء بغيره على المباشرة)
أقول فيكون في قوله اسم
لفعل الخ مجاز (قوله وذلك
يستلزم نفي عدم الرضا)
أقول فيه ما لا يخفى الآن
يقال الاستلزام بالاحظة
مقابلة قوله أو يفسد لوقوله
ينتقي به رضاه اذ لو لم تسح
المقابلة وفيه ما فيه (قوله
لكن لا بد من تقدير لافي
أو يفسده اختياره) أقول
لا يخفى عليك بعد ما ذكره
وخفاء القرينة على تقدير

لاول الظاهر أن المراد من قوله ينتقي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض
للقسم الثالث مثل الاكراه بضر بسوط أو حبس يوم على ما يجبي لعدم ترتيب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (ينتقي به رضاه)
أقول فقط دون أن يفسده اختياره فانه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدانك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه لم يقطع عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال (الأكراه يثبت حكمه إذا حصل عن يقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الأكراه عدمه وله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطاناً كان أو أوصاً) وخوف المكروه (٣٩٣) وقوله بأن يغلب على ظنه أنه يفعل

ليصير بالأكراه محملاً على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما ينبغي مفصلاً ولم يفرق بين حصوله من السلطان والوص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادراً على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قال المشايخ رحمه الله هذا الاختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لا يمكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأعله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يمد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعل ليصير به محملاً على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر رجل بألف أو يؤجر داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى

الآن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختياراً ومع عدمه وهو إشارة إلى نفي الأكراه ويفسده اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسده اختياره فذلك أنواع الأكراه الثلاثة وموضع أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف عن سنن الصواب وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوي الألباب وإن شئت ما عوا تحقيق في هذا المقام فاستمع لانتاوعك من الكلام فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الأكراه نوعان نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الملبئى ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقيء أو بحبس وهو الأكراه الغير الملبئى وكل منهما لا ينافي الأهلية ولا الخطاب وأما فخر الإسلام البرزوي فقال في أصوله الأكراه ثلاثة أنواع نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملبئى ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهجم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجرى مجراه والأكراه بحملته لا ينافي أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام الأكراه جل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسده اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكأنه لم يحمله من أقسام الأكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ههنا من معنى الأكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وإنما هو داخل في معنى الأكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الأكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الأكراه عليه فإن الأكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضاً ما وقع في عامة الكتب من تنويع الأكراه إلى نوعين فقط فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الأكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي

الأكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الأكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم
لأنه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراهه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه
لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت
غير صحيح في نفسه أما أولاً فلا ينبغي جعل قول المصنف فينتفي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار
أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعاً وأما ثانياً فلا لأنه قال ان قول المصنف
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لأنه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير مسمى
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لان في عدمه وهو
ثبوت الرضا وان أراد أنه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كراهه فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك
أيضاً اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا بكافي النوع الغير
المعجب من نوعي الا كراهه على ما مر وأما ثالثاً فلا لأنه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من
تقدير لافي أو يفسد به اختياره وهو أيضاً محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جداً سيما
في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة لا كراهه لان
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت
أنقلاً لتحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لافيه الى القسم الثالث من الاكراه
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا ينبغي على ذي
مسكنة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد
به اختياره أو لا يعنى أو لا ينتفي به رضاه فويل بحجز العاقل بعقل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي
عن التمحلات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول
المشتمل على تحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف بمنزلة عن مثل ذلك فالخلق أن
مراده بقوله فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقريضة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره
فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظ راعى الصلوات والصلاة
الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى أحد نوعي الاكراه وهو غير المعجب وقوله أو يفسد به اختياره
اشارة الى النوع الآخر منه ما هو المعجب فانتظم كلامه من غير كلفة أصلاً وانطبق لما في عامة
الكتب (قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف هذه
الاشياء يعني بالبيع وأخوانه ولم يدرك أن البيع وأخوانه من المكروه عليه لا من المكروه وهذا نظير
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالى
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراهه) أقول يرد على ظاهر هذا التحريم أن آخر الكلام يناقض
أوله فإنه قال في أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق
الاكراه في هذه الصور أيضاً والمآل انما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب
بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراهه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه
في هاتيل الصور فتناقضاً والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغو وهو

والا كراهية هذه الاشياء
يعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط
(فيفسد وان أكره بضرب
سوط أو حبس يوم أو قيد
يوم لم يكن أكرهاً لأنه
لا يبالى به بالنظر الى العادة
الا ان كان المكروه صاحب
منصب يعلم أنه يستضربه
فهو وأكره (ل) وجود
العلة حينئذ وهو (فوات
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه
كذا في النسخ التي بأيدينا
رصوابه أو يفسد به اختياره
اه محكمه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار بكافي البيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أى عز وحرمة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثر عما يستنكف غيرهم من ضرب سباط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا ينفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المالك (والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥)

لا ينفذه لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه ينفذ الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتبديل والاستملاذ (جاز ولزمه القيمة تكافئ سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لمعاد جاز بالاجازة كهو أجب بأن باجازه المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرهما فان المفسد فيه باق (قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله تكافئ سائر البياعات

وكذا الاقرار حجة لترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا ينفذ الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشرط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ولزمه القيمة ككافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيه الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرطلق العبد وهماسواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى عنه ومن جعل البيع جائزا لمعتاد بيعه فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

جل الانسان على امر يكرهه كما هو ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للشا كلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرطلق العبد وهماسواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائزا لمعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بمالك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى أو يقول بعث منك هذا العين بكذا على أنى ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند حجة بلوه بيعا جائزا مقيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز لمعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كافي البائع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهم ملوان سميما ببيع الكس غرضهما الرهن والعبرة للقاصد والمعاني ولا يملكه المرتن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما كل من ثمره واستملكه من عينه والدين ساقط بها كره في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعته وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكروه بالخيار ان شاء ضمن المكروه لان المكروه آله في ارجع الى الانلاف) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكروه دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهالك حصل عنده فكان كل واحد منهما ما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكروه رجوع على المشتري بقيمة اقيامه بمقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أى مشتري كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أى تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شئ التريدين من تضمين المكروه والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصلالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عنه عدمها حيث اقتصر الفاذهنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكروه واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازته خاصة أوجب بأن الغصب لا ينزل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته بل مصادفته ملكه (٢٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع غليكا للغير

من المشتري يحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكروه فقد ملكه فالبيع من كل مشتري صافى ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكروه في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيوع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم

فصل في لمذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(والمكروه أن يضمن المكروه ان شاء) لانه آله في ارجع الى الانلاف فكان دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكروه رجوع على المشتري بالقيمة اقيامه بمقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكروه عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

فصل في (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر أن كره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهالز بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هالزا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هالزا كما تقر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجب ذلك الشرط قطعاً ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهالز فان معناه قياسا على الهالز ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشئين المتغايرين بحسب الذات المشتر كين في العلة

فصل في (قال أكثر الشراح لمذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذ كره فيه الاكراه الملبس وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير الملبس وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس معتبرا ويجعل كأن المكروه فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قول لا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والافه ومعتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أى استناد ذلك المشتري قال صدر الشرعية في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرير ملكه بحسب ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما في قوله وما عرفت نافية

فصل في (قوله اقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير في وراءها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة

(حتى لو خاف على نفسه بالضرب وغلب على ظنه أباح له ذلك ولا يبعه أن يصبر على ما وعده) وأشار إلى أن المعنى يتم من غير الحاجة
إلى أن يردن الإنسان في احتمال (٣٩٨) الضرب متفاوت وليس منه نص في قدر فيعترف به غالب رأي من ابتلى به ولا يعتبر عن

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أباح له ذلك (ولا يبعه أن يصبر على ما وعده) فان
صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لما أباح كان بالامتناع عنه معاونا للغيره على هلاك نفسه فبأن
كفا في حالة الخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذا حرمة فائتة فكان أخذها بالعزيمة قلنا لا
لاضطراب مستثناة بالنص وهو تكام بالحاصل بعد التثنية فلا محرم فكان إباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد
ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كافي مسألة الإكراه على إتلاف مال مسلم
بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكافي مسألة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم
ماد كروه بالنظر إلى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال إنما فصل بفصل لأن
ما تقدم مما يصل فعليه قبل الإكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لأن ما يمتنع بقتل الإكراه في حالة
السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك
اشكال فإن المباح ما استوى طرفا فعليه وتركه كفا تقر في علم الأصول وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس
أو على العضو كان طرف الفعل راجعا إلى فرضا كما صرح به في كتب الأصول فإطلاق المباح على ذلك
مع كونه منافيا لما تقر عندهم في تفسير معنى المباح يخالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون
ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يبعه أن يصبر على ما وعده) فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم قال
في العناية فان قيل إضافة الآثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح إنما
يجوز تركه والابتناء به إذا لم يترتب عليه محرم وهو هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار تركه حراما
لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لأنه أن أريد به أن المباح هنا حال كونه
مباحا صار تركه حراما لا فضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعليه وتركه وما
صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفا فإفصاؤه لم يصار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصبر
تركه حراما في حالة أخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا
القبيل لأن نحو كل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحا حالة الاضطراب دون حالة الاختيار كما صرحوا به
ولاشك أن صبر وتركه حراما إنما هي في حالة الاضطراب أيضا إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا
قطعا فلزم أن تجتمع إباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقسام من الإباحة إلى الوجوب
بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم
يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطراب وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين
إنما هو إفضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء
الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لا نأقول استواء الطرفين وعدم استوائهما مستثناة فإني
قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستقدين إلى سبب واحد أو إلى
سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواظف في مباحث العلة والمعامل فانه لما
استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعال بعلمين مستقلين بأنه لو عمل بهما لكان محتاجا إلى كل واحد
منهما ومستغنيا عن كل واحد منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحد منهما

قد روي ذلك أدنى الحد وهو
أر برون فقال إنه قد
يأكل منها لم يبعه الانقسام
لأن الثاني مشروع بطريق
التعزير والتعزير ببقاء على
وجه الزجر لا الخلاف لأن
ذلك نصب المقدار بأمر
وهو لا يجوز (فان صبر حتى
أوقعوا به) أي قتلوه أو ألقوا
عضوه (ولم يتناول) وعلم
بالإباحة (فهو آثم) لأنما
أباح من حيث أن حرمة
هذه الأشياء كانت باعتبار
خلل يعود إلى البدن أو
العقل أو العضو وحفظ
ذلك مع فوات النفس غير
ممكن (كان بالامتناع عن
الانقسام معاونا للغيره على
هلاك نفسه) فبأن كافي
حالة الخمصة وعن أبي
يوسف رحمه الله أنه لا يأثم
لأن الإقدام على ذلك
رخصة إذا حرمة) بصفة أنها
ميتة أو خمر وهي (فائتة
(فإذا امتنع) كان أخذها
بالعزيمة فلا يأثم قلنا
لأننا لم أن الحرمة فائتة
لأن الله تعالى استثنى
حالة الاضطراب) فقال وقد
فصل لكم ما حرم عليكم
الما اضطرتهم إليه
(والاستثناء تكام بالباقي
بعد التثنية) فكان لبيان أن
المستثنى لم يدخل في صدر

الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) فامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى
تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أي النفس والعضو (قوله لأن ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر إلى قوله ولا يعتبر عن قدر في ذلك أدنى الحد

(لأنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يتخص به معرفة الشبهة (فيعذر) أو ساطع الناس
 (بالجهل فيه كما به) بل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب (فان قيل استأنفة الاتهام ترك المباح من باب فساد الوضع وهو لا يسد
 فالمراد بان المباح انما يجوز تركه والاثبات بان المباح يترب عليه بغيره وينتدثر بتركه النفس انحرص فصار الترك حراما لان
 ما أفقنى الى الحرام حرام قال (وان أكرهه الى الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر كراهي في تناول المينة والخمر لا يعتبر كراهيا
 في اجزاء كلمة الكفر على الانسان لان حرمة الكفر أشد فانا أكرهه على ذنوب لا يخاف به على النفس أو اعضاء ولا يصح التقدم عليه وانما
 شاف على ذلك جازله أن يظهر ما أمر به من اجزاء كلمة الكفر كمن يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يشترط ان يكون المراد بها
 ههنا الطمئنان التام وجزاء ان يكون الايمان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر (٣٩٦) ما أمر به موريا كان أو غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن
 بالايمان لم يأت حديث عمار
 ابن ياسر رضى الله عنه
 حيث ابتلى به وقد قال
 النبي صلى الله عليه وسلم
 كيف وجدت قلبك قال
 مطمئنا بالايمان قال فان
 عاد وافتعد وفيه نزل قوله
 تعالى الامن أكره وقلبه
 مطمئن بالايمان وقصته
 معروفة ومعنى قوله عليه
 الصلاة والسلام فعدده
 الى طمأنينة القلب لا الى
 الاجراء والطمأنينة
 جميعا

الا أنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيه ذر بالجهل فيه كالمجهل
 بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكرهه على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيسر أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك كراهي حتى يكره بأمر يخاف منه
 على نفسه أو على غيره من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر في
 الكفر وحرمة أشد أولى وأخرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به و يورى فان أظهر
 ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فسلام على) حديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له
 النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان
 عاد وافتعد وفيه نزل قوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية

هو علميته ومنشأ عدم الاحتياج اليها علمية الأخرى له فلا استحالته في اجتماعهما لأننا نقول احتياج
 الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين الى
 سبب واحد أو الى سببين انتمى كلامه فقد ظهر عما قرأه ما في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا
 المقام فليتنظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة
 هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان لا ياتم بترك المباح فأجاب
 عنه بأنه ياتم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى أثره
 الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون
 جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا ممانعة للعلم في أن لا ياتم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح
 لا ياتم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاتم في تركه فكيف يحصل الجواب
 بقوله الا أنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان
 لا ياتم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالالاتم على تقدير الصبر وتركه الا كل
 في مسئلته هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه
 في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا
 فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدان عادوا الى الاكراه فعد

(قوله فصار الترك حراما)
 أقول فكان الفعل واجبا
 والمباح ما استوى طرفاه
 هذا خلف وان أراد أنه قد
 ينقلب واجبا فلا يصح
 ذلك فيما نحن فيه اذ الذي
 فرضناه سبب الاباحة هو
 سبب الوجوب بعينه

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فجزاء ان يكون المراد بها طمئنان القلب) أقول
 فيه مسامحة (قوله وجزاء ان يكون الايمان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود المصنم أو الصليب مثلاً
 ولا يصح التورية به هذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن
 يشتم شيئا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يسجد
 السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجزه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكرهه عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان
 قلبه مطمئنا بالايمان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا التريد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني
 لا الاول فانه لا بد منه

لان أدنى درجات الامر الاباحة (. . ٣) فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمة وموضعه

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خير ما رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله عوفي في الجنة

طـ ما نية القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كازعة البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصله انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الخطر فان المخطور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوقه كالخس في البين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما استعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الجمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم نجد تلك القرينة فلا جزم لمعلمها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تصورها بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ذهنا أي عدالى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعدا الى ما كان منك من النيل منى وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصل في هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء محقه اهـ كلامه) (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طرأ بانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكرها لا يضاذه الاقرار طواعية وانما يضاذه اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حاله الاكره وهو أول المسئلة فأخذه في أثناء اقامه الدليل عليه اضاذه فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام النامى وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلا أن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما ما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما يأتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وأن فيه نزك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر ضرورة في حالة الاكره وكفر ضرورة ومعنى في حالة الصحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبتلى بالاكره عليه يصير معذورا حاله الاكره فيسعه الميل اليه

أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار) دليل معقول ووجهه أن الايمان (لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة) لان الركن الاصل فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء محقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خير ما رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو عوفي في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الخطر فان المخطور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوقه كالخس في البين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

هنا كذلك فليتأمل فان للكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طرأ بانه متنافيه بشرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام النامى وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) الثاني فبحسب الكفر وبما وجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لا عزازا لله) ثم من انحراف الحرمة فذلك لم ترك باقية (لاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى به من اكرهه وقليه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كما على الميمنة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تنديعا وتثديرا من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله واهم عذاب عظيم الا من اكرهه وقليه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما يباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الا كراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورته في الغضب وشروط الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهير في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه اثر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد لا اباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزازا الدين عزيمة بخلاف ما تقدم بالاستثناء عند طائفة القائلين بحياة حرمة أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزازا الدين عزيمة بخلاف ما تقدم بالاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى به من اكرهه وقليه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كما على الميمنة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تنديعا وتثديرا من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله واهم عذاب عظيم الا من اكرهه وقليه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما يباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الا كراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورته في الغضب وشروط الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهير في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح ان نختار كل واحد من شقي التريديد ولا يلزم محذور أصلا اذ يجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمهيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

(قوله واجيب بان في الآية تنديعا وتثديرا من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا الى قوله الا من اكرهه

وقليه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان لم أن الاستثناء بما ذكر ثم لم لا يجوز ان يكون من قوله تعالى فعليه غضب من الله واهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بان اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل (قوله كما في شهود الشهير في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر ان يقول كما في صورة العدة فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد لا اباحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعد انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الايجاب ولا على النذب روى القاضي في تفسيره هذا اللفظ فان عادوا فكذلك فعلهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل الا بتكاف بعدد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها فانما يثبت انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قبل الاقرار بركن زائد والتفصيل في الاصول

قوله (وان أكره على اتلاف مال مسلم) رانأ أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازة أن يتسبب ذلك لئلا ينال الغير يستباح الضرورة كافي حالة الخمسة وقد تحققت ولصاحب المال أن ينهين المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح اتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فينتلفه وقوله فيما يصلح استراzen الاكل والتذم والرمي فله فيما يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق ربح لا يستباح الضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففقه أربعة أقوال بحسب التسمية العقلية ذل كما ان كان يجب على المكره والمكره جميعا ولا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد ورواه الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة له ودوره (٣٠٣) منه بغير واسطة وحسافاته ما عين مشاهد وكذا اشعر لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كافي حالة الخمسة وقد تحققت (ولصاحب المال أن ينهين المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح اتلاف من هذا القبيل) (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكذا به هذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليه ما وقال الشافعي يجب عليه ما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسبوا قرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبه هذا يمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه ولتسبب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاءه المشهود بقتله حيانا بقتل الشاهدان عنده التسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا

في وجوب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقصرا عما سعه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه ولتسبب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاءه المشهود بقتله حيانا بقتل الشاهدان عنده التسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا

اليه في الجملة وقوله فاما يختلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخالف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينهما وبين الحكم علة فالمتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المسذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخالف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيب ارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

لشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولا يري يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصاص عليه والتعدي الى غيره نظر الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيب الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كلاً والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يدفع بها وله ما أنه محمول على القتل بطبعه ايمار الحياته والمحمول على الفعل بالطبع آله لان الآلهى التي تعمل بالطبع كالسيوف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآله فان قيل لو كان آله لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

(7.7)

فيمضاف اليه) ومنع صلاحه
لذلك لان الاتلاف شئت في

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تنق الحزمة أبدا في اظهار كلمة
الكفر لما وسعه الصبر على ما توقعه من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح
في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهي حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما في حالة الخنصة كما مر (قوله
ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آله له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال في العناية
ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ
فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله له فيه والتلفظ قد ينفك
عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اهـ (أقول)
فيه نظران الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك
لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت
التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكأن بعض الفضلاء تنبه
لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذي يثبت ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اهـ
(أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما
صرحوا به قاطبة وقد صرف كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا
يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب ههنا
فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود
السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالحق
عندي في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره الا كية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها
في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيتها لها في حق التلفظ لعله امتناع التكلم بلسان
الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره و يلقيه
على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كالأومعسرا) لانه ضمان اتلاف
فلا يمتثل باليسار والاعسار كذا في السكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض
حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كالاتلاف

الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

(قوله) وأسمه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز (الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الكاكي مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله) ومنع صلاحية لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله من حيث الاتفاق (قوله) والتلفظ قد ينقل عنه فى الجملة كفى اعتناق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذى بهم من ثبوت الاعتقاد لافى ضمن التكليم كما اذا ورت القريب

ولا سعاية عليه) أما وجوب السعاية فبما إذا قال المكره أردت بقولي هو عرقا مستقبلا كالمطلب متى فإنه يعتق العبد قضاء وديانة
 وبضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يحظر بيالي سوى الاتيان بطوبه وان قال خطر بيالي
 الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا انشاء المحرية يعتق العبد قضاء لاديانته لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار
 فلا يصدق الفاضل في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لأن العبد يعتق بالاقرار طائعا لا بالالكراه فان قيل ينبغي أن لا يضمن
 المكره لانه أتلف بعوض وهو الزوال والاتلاف بعرض كالاتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الزوال بعرض لأن سببه العتق على ملك المولى
 فكيف يكون المكره معوضا (٣٠٤) عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف اذا كان العرض

ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية ولتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ما
 ولا يرجع المكره على العبد بالضمن لانه مؤاخذ بالاتلاف
 اتلاف اذا كان العرض مالا كالزوا كره على كل طعام الغنيما كل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل
 للمكره عوض أو كان في حكم المال كافي منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند
 الذخول والزوال ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الزوال اذا رجعا لا يضمنان كذا
 في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل على كل عاقل كره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فان المكره
 لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع
 ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالزوال أما حقيقة قطاها وأما حكمها فسلما أنه لم يقل به أحد
 كذا وفي منافع البضع عند الذخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
 الى الحرية أولتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده وعليه دين لأن
 السعاية تجب ثم لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق
 المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد
 مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه
 (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا كره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه
 سوى شرح تاج الشريعة اهـ هذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج
 الى السعاية ان ذلك مثل أن يكون مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فانه تجب السعاية على العبد
 السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اهـ ولعله
 غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعق لا يوجب
 السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهـ هذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد
 المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن
 فيما اذا كره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة
 ذلك العبد فان له أن يضمه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان
 قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا
 لان تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

مالا كالزوا كره على كل طعام الغنيما كل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل
 للمكره عوض أو كان في حكم المال كافي منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند
 الذخول والزوال ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الزوال اذا رجعا لا يضمنان كذا
 في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل على كل عاقل كره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فان المكره
 لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع
 ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالزوال أما حقيقة قطاها وأما حكمها فسلما أنه لم يقل به أحد
 كذا وفي منافع البضع عند الذخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
 الى الحرية أولتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده وعليه دين لأن
 السعاية تجب ثم لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق
 المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد
 مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه
 (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا كره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه
 سوى شرح تاج الشريعة اهـ هذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج
 الى السعاية ان ذلك مثل أن يكون مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فانه تجب السعاية على العبد
 السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اهـ ولعله
 غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعق لا يوجب
 السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهـ هذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد
 المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن
 فيما اذا كره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة
 ذلك العبد فان له أن يضمه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان
 قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا
 لان تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

النقض وأما على مذهب ما فانه ينتقض بما اذا أعتق المحجور وعليه بالسقة فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق
 ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور وعليه (ولا يرجع المكره على
 العبد بما ضمن لانه مؤاخذ بالاتلاف) يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقول لا يضمن شيئا
 وقوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا يتعلق له بها بالمكره فالسند
 أعم ولعله لذلك بادرا الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأنكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان
 ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام ولا ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنه بدل العبد
 فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الآن الرجوع ههنا بنصف الصداق ونحوه بقيمة العبد وإن لم يسم رجوع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقلوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعباد بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرهاً فكان على شرف السقوط تأكد به ولأنه كيد شبهه بالإيجاب فكان أنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلاف المال من هذا الوجه والمكره في حق الإكراه بمنزلة الإكراه فيمتد إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عندنا لرجوع وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جاز استحساناً) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذلك مع الإكراه وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشرط الفاسد لا يؤثر (٣٥٥) في فساد الوكالة أمّا أنه كالشرط الفاسد

فلما تقدم أنه بعدم الرضا ففسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأمّا أن الوكالة لا تفسد بالشرط الفاسد فلا ينال منها من الاستقطاعات فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذاً (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة أن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما تأكد بالطلاق فكان اتلاف المال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً) لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة تبطل بالشرط الفاسد ويرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالبة في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا العيّن والظاهر لا يعمل فيها إلا إكراه لعدم احتمالها ما الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء والقياس عليه

بينما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانه مما مستلثان متغيرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالخالف بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الخبير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالخالفه أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنهم إذا دخلوا في الطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضاً لوجوب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تقتضيهما ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية إذا لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه إليها نائياً فلمن أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهبه ما فقتضى ما إذا أعتق المحجور عليه

(٣٥٩ - تكمله سابع) على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلّف إليه كافي الشاهدين شهد أن فلاناً وكل فلاناً بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمننا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه مباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه) بيان لما يعمل فيه إلا إكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه إلا إكراه من حيث منع الصحة لأن الإكراه يقوت الرضا وقوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فلا إكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فلا لا يعمل فيه إلا إكراه فيصح النذر مع الإكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا أكره على عين) فحالف انعقدت (أو على نظار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إيلاء) فالتأويل في إيلاء باللسان (ففعل صح

(قوله نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول لا يظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله في فسخ الاختيار) أقول أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبدلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه إلا إكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الأول التزاماً وفي الثاني صريحاً

(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفاء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكرهه على اعتناق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمر بالخروج عما رزقه وذلك منه حسيبة لا اتلاف بغير حق وإن عين عبد الذل ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلّف عليه مال به العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأن البت بمضمونة على أحد وان ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخّل بها وجب عليه نه ف المهر ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يقل كان ذلك رضائمه بما رزقه من الصداق وإن قربها أو كفر لم يرجع على المكره بشئ لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يتخالف امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والا كراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا يبدل أو يمين لوجود الشرط والجزء واليمين لا يعمل فيه الا كراه (فلو كان مكرها على الخلع دون الرضا للبذل لرضاها بالالتزام) بازاء ما لم لها من اليمينونة ولا شئ على المكره للزوج لأنه أتلّف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعها وهي غير ملبوسة فاستحق نصف الصداق دل يرجع به الزوج على المكره لتأكيدها كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يتخلو أما إذا ساق الزوج المهر إليها كله أولا فإن ساق يرجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لاوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن أوجب البراءة لكن براءة مكره والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسق رجوع عندهما خلافا له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال

لأنما تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الا كراه فلو كان هو مكرها على الخلع دون الرضا للبذل لرضاها بالالتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الخلع عند أبي حنيفة الآن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الخلع) وقد ذكرناه في الحدود

بالسفه فله يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولاحق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهيم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الخلع عند أبي حنيفة رحمه الله الآن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الخلع) وجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذؤانة في أمره وغير يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يجوز عن دفع السلطان عن نفسه أذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الخلع كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندره ذلك ممنوع كيف ووقوع

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الخلع) قال أبو حنيفة أو لأن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الخلع لأن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلتيه وذلك لا يكون الا بلذاته وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة قائم بعمل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجع وقال لاحد عليه اذا كان المكره

هو السلطان لا لحد الزجر ولا حاجة مع الاكراه لأن الزجر كان حاصلا إلى أن حصل خوف الخلع على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الخلع وأما تقييد الاكراه بالسلطان فنقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذؤانة في أمره وغير يخاف القوت بالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يجوز عن دفع السلطان عن نفسه أذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الخلع على المكره لا يحسب إليها المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر أظهارا لخطر الخلع سواء كانت مستمكة مكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاصل فظاهر لأن المهر لا يترتب بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الاذن له ليس يحل الوطء فكان أذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتفاق في الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصراعة به بالإجماع انتهى فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حيث شذ في موضع من المصرتدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة بتبديل الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان فاقبه مطمئنا بالايان لم يكفر وفي تبديله شك
وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترب عليها (٣٠٧) من البيئونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلا على أحد شيئين يقال
ان الردة بتبديل الاعتقاد
وتبديل الاعتقاد ليس
بثابت لقيام الدليل
وهو الاكراه والثاني أن
يقال الردة باعتقاد الكفر
وفي اعتقاده الكفر شك
لان أمر مغيب لا يطلع
عليه الا بترجمة اللسان
وقيام الاكراه بصرف عن
صحة الترجمة (فلا تثبت
البيئونة) المترتبة على الكفر
(بالشك فان قالت المرأة قد
بنت منك وقال الرجل
قد أظهرت ذلك وقلبي
مطمئن بالايان

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه
مطمئنا بالايان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت
منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايان

ناغرا الخوص وقطاع الطريق بالناس ويجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في الموضع النائية عن
عن العمران أكثر من أن تحصي ولئن سلم النذرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات
من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا شك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن
الوقوع بطريق النذرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير
السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا ترى
أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا بى حنيفة أن هذا إنما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر
لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان
في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذلك قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى
(أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع النذرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما
يندري بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم أقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات
في أن حكم الاكراه بخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب بقدر على تحقيق ما هدده به عندهما
مما لا يساءل القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل
في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب
بقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط
صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان
ما يجبي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتها
غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا
طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه
غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضا
سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف حجة
وبرهان انتهى قدس بر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايان لا يكفر
وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلا
أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه
والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة
اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى
(أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغوم من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى
وانما التغير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب
أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فتحد المعنى فامعنى جعلهما دليلين وان جعل
مدار جعلهما دليلين مجردا في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع

قال المصنف (واذا
أكرهه على الردة لم تبين
امرأته منه) أقول قال
العلامة الزيلعي هذا اذا
قال لم يخطب ريبا لشيء
ونويت ما طلب مني وقلبي
مطمئن بالايان فانه حينئذ
لا تبين امرأته ديانة ولا
قضاء لانه لم يقر على نفسه
بوجود المخاص واجابة
ما طلب منه في حالة
الاكراه مخصص له دون
غيره من الاحوال حتى لو
خطب ريبا أنه لو أكرهه
العدو وعلى كلمة الكفر
فأجرى على لسانه وقلبه
مطمئن بالايان كف من
سأسته لانه رضى باجراء
كلمة الكفر على لسانه من

غيرا كراه فصار نظيره ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول
لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

والقول قوله استخصام وفي القياس القول قولها افتقع التفرقة لان التكليم بكلمة الكفر سبب لحصول البينة فالتكليم بالطلاق فيستوي فيه الطالع والمكر وكفى الطلاق وجه الاستخصام (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيه الظاهر وإيمانهم يقوم اللفظ فيه مقام معناه كفى الطلاق بل دلالة العلم أمن حيث أن اللفظ

حيث الحقيقة حتى يكون سرياً (٣٠٨)

فإنه لو قرأه استمعنا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي يتبدل الاعتقاد ومع الأكرام لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الأكرام على الإسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لا احتمال واحتمال رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلم ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بعلم ولو أكرمه على الإسلام حتى حكم بالإلحاد ثم رجع لم يقتل لأنه الشبهة وهي دارئة للقتل

في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله) فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله (قال صاحب العناية) في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا بقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليه من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليه ادلالة تجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليه ادلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقية ولا مجازا وانما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي وقلم تكن دلالة اللفظ على المجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصله فصارت من قبيل مستبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا التجاوزة عن المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا التجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيه ان ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المحمل المقيد المطابق للشرح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح اهـ (قوله) بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الخائن لانه معلوم ولا يعلى (قال صاحب النهاية) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور المازيدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقراء بالاسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظران ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور المازيدي مع تشيئه على المذهبين معايل تشيئه على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكروه على الاسلام آتيا بأخذ ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانهما لا يخرج حكمنا بوجوه الاسلام رجحنا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرط الاجراء الاحكام فانه على هذا

الاقرار كنا (ولوا كرهه) على الاسلام حتى حكمهم باسلامه ثم رجع لم يقتل لانه (الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز لا يتحقق أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل)

(قوله وكان هذا الإشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث لبقاء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار بالحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو وقد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولنا قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لاديانته لأنه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لأنه أكره على الانشاء دون الأقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال غيبه الكذب لا يصدق القائل لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر والصدق حالة الطوعية لكنه يصدق ديانته لأنه ادعى ما يحتمله لقتله (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر بمالي الخبر عما مضى بآنت قضاء ديانته لأنه مبتدئ بالكفر عازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر دأبا به أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي (٣٠٩) ذلك والضرورة قد اندفعت

بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر بمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين أمر أنه قضاء ديانته وأخلص أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجهه لا يفسر لا قضاء ولا ديانته وفي وجهه يكفر فيه ما جبه وفي وجهه يكفر قضاء فيه روق القاضي بينه وبين أمر أنه ولم يكفر ديانته وذلك لأنه إذا أجزاها فاما أن يخطر بماله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بماله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كذا وأراد أنه فهو الثالث وان لم يرد فهو الثاني وإذا أظهر لك هذا أمكنك

ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لاديانته لأنه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم بهذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بمالي الخبر عما مضى بآنت قضاء ديانته لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر عازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لاديانته ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر به الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانته وقضاء لأمه وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الجبر

لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتشبه ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنًا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الاقرار إذا ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا إذا بان الشارع اعتباره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عقوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر عشي ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل توقف

كتاب الجبر

أورد الجبر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية الاختيار عن الجبري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجبر كان أحق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الجبر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفات بينهم في الجبر فبعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصايح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص

كتاب الجبر

أورد الجبر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية الاختيار عن الجبري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجبر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وعلى أحد قطبي أمر الديانة

كتاب الجبر

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضوعين راجع الى الجبر وقوله وهي راجع الى الشفقة

والأخر التعظيم لأمر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامي وألحق بها المفتي المباحن والطبيب الجاهل والمكاري المقلن بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير (٣١٠) الأباذن ولية ولا تصرف العبد الأباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

قال (الأسباب الموجبة للحرث ثلاثة الصغر والرق والمجنون ولا يجوز تصرف الصغير الأباذن ولية ولا تصرف العبد الأباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالأذن رضى بقوات حقه والمجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجاز له إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخته) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما يقتري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقد موقوفاً على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما ينفى الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كافي شراء الفضولي

العقل فأثبت الجرح عليهم ما عن التصرفات نظراً من الشرع لهما لأن الظاهر من تصرفهما ضرر بلزهما إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتميز وافر يردعهما وكذلك جرح الصبي والرق في أول أحواله للمجنون وفي آخرها كالمعتوه فها هو المتوقع من ضرره ما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالجرح لرقه نظر المولى ثم إن الجرح في اللغة هو المنع فإنه مصدر جرح عليه القاضي إذا منعه وفي الشرع بعبارة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولاً فلأن الجرح في الشرع ليس هو المنع عن التصرف مطلقاً بل هو منع عن التصرف قولاً لأفعالاً كما يفسح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعنى الصغر والرق والمجنون توجب الجرح في الأقوال دون الأفعال وأما ثانياً فلأن المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرق والمجنون بل المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المقلن المفسر محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتمدرات وسيأتي في الكتاب شيئاً فشيئاً فقول في ذيل التعريف وهو الصغير والرق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمله في التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الجرح في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للمحذور والاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كالأجنبي فالاولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الجرح لغة المنع مصدر جرح عليه وشرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للجرح بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الأسباب الموجبة للحرث ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً وهي المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المقلن وأما جرح المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله

بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجي وأما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن ولية آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه جرح عليه لرعاية حق المولى كي لا يتعطل عليه منافع عبده فانه لم يثبت الجرح لنفسه البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها كسأبه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبته يتعلق الدين به إذ لم يكن له كسب غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بقوات حقه والمجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيئاً) أراد بهم هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجرح ويفسخ وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينقد موقوفاً إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لأفاده هذا الحكم أعني

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو استعراض عن الهازل فإن بيعه ليس لأفاده هذا الحكم (والولي بالخيار إن شاء أجاز له إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخته) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما يقتري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقد موقوفاً على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما ينفى الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كافي شراء الفضولي

وهنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقته قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى أمأهنا يعني في الهدية فلم يذ كر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا هنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماي

وكذا ذكره شيخنا في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة)

يعني الصغر والرق والمجنون

(توجب الجبر في الاقوال) يعني

ما تردده منها بين النفع والضرر

كالبيع والشراء أي هذه

المعاني توجب التوقف على

الاجازة على العموم بين

الصغير والمجنون والعبد

وأما ما يتعمد من ماضر

كالطلاق والعتاق فانه

يوجب الاعداد من الاصل

في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمد

منها نفعاً كقبول الهبة

والهدية وأصدقة فانه

لا يجبر فيه على العموم (قوله

دون الافعال) يعني ان

المعاني الثلاثة لا توجب

الجبر عن الافعال (لان الشأن

ان الافعال لا مر دلها) حتى

ان ابن آدم لو انقلب على

قارورة انسان فكسرها

وجب عليه الضمان في

الحال وكذلك العبد

والمجنون اذا ألتفاساً

لزمهما الضمان في الحال

(لان الافعال توجد سبباً

ومشاهدة) ويحصل بها

الاتلاف والاتلاف بعد

الحصول لا يمكن أن يجعل

كالاتلاف

وهنا لم نجد نفاذ لعدم الاهلية أو لضرر المولى فوقته قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الجبر في الاقوال دون الافعال) لانه لا مر دلها وجودها حساً ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتق في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغر والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتق قسماً للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفة في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في التفرع اصطلاحهم في الاصول وهذه من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجبر من الاصل بالاعداد في حكم اقوال تتمتع ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الاقوال يعني ما تردده منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد من ماضر كالبطش والعتاق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجبر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال أعني ما تردده منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تتمتع نفعاً وما تتمتع ضرراً وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الجبر فيه أصلاً دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الجبر فيه أيضاً في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الجبر أيضاً حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الجبر بهذا المعنى في الخصوص فيما يتعمد ضرراً من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتعمد من ماضر كالبطش والعتاق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيص المذكورين يلزم اذ ذلك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما لمعنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجبر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فلولي بالتقدير ان شاء أجازها اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة لا تجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمد ضرراً من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجبر في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعاً على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفناء التفرع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجبر

(قوله وكذا ذكره شيخنا في

شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردده منها بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما تتمتع ضرراً

وما ترددين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما خصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعداد من الاصل) أقول

فلا ينعقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بمخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاستصحاب) وليس الصبي والمجنون فالحال فيكون
 فينتفي المشرط به . وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة
 حسا ومشاهدة فما بالها يشرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة
 حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدعوم
 منها عينها فبعد ما وجد لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني أن القول
 بمخلاف الاعمال لان الموجود (٣١٢)

بمخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به
 حكم يندرج بالشبهات كالحديد والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون
 قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)
 في الاقوال دون الاعمال فتعين التفريق بنفس عبارته قال وجهه عندي أن اللام في الاقوال في قوله
 توجب الجرح في الاقوال للجنس وأن المراد بإيجاب الجرح في قوله توجب الجرح في الاقوال ما يسم الإيجاب
 التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعداد من الاصل كما في الاقوال
 المتمعة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمعص ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل
 المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمل ذلك الاصل فيناسب تفريق المسائل
 الا تية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الجرح في الاقوال التي تمعص نفعه لان تحقق الجرح في جنس
 الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور محملا وما فرغ عليه من المسائل
 تبيننا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الجرح وما لا فلا تأمل تقف (قوله
 بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق
 والعناق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتمدة في الشرع مع أن القصد ليس
 بشرط لاعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عناق الحر البالغ العاقل هازلا
 وكذا عيمته هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل
 من كتب الاصول مع أن الهزل يناقض القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم
 الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبأنها يشرط اعتبارها موجودة
 شرطا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست
 عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة
 المدعوم بخلاف الاعمال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجد لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني
 أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من
 الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الاعمال فانها حيث وقعت
 وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الاول فانه غير
 متمسك في الانشآت لانها الإيجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتمدة
 في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستقيم التقريب . وأما في الثاني فلانه
 منتقض بما تساوى فيه الحد والهزل من الاقوال كالطلاق والعناق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي
 والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا
 وقد يقع جذا وقد يقع هزلا
 فلا بد من القصد ألا يرى
 أن القول من الحر العاقل
 البالغ اذا وجد هزلا لم
 يعتبر شرعا فكذا من هذه
 الثلاثة بخلاف الاعمال
 فانها حيث وقعت وقعت
 حقيقة فلا يمكن تبديلها
 وقوله (الا اذا كان) استثناء
 من قوله لا امردها يعني أن
 الاعمال اذا وجدت لا مرد
 لها لكن اذا كان فعل يتعلق
 به حكم يندرج بالشبهات
 كالحديد والقصاص يجعل
 عدم القصد في ذلك شبهة
 دائمة لما يترتب عليه من
 الحدود والقصاص قال
 (والصبي والمجنون لا يصح
 عقودهما) أراد بعدم
 الصحة عدم النفاذ لما تقدم
 في قوله ومن باع من هؤلاء
 شيئا فالمولى بالخيار وانما أعاد
 هذه المسئلة تفريعا على
 الاصل المذكور وهو أن
 هذه المعاني الثلاثة توجب
 الجرح عن الاقوال لتناقض
 القبوليات في موضع واحد
 (قوله لان اعتبارها حال

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام
 بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الا نأرو الاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدعوم) أقول لم يتبين مما ذكره
 سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي
 والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى
 تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصحة التكرار

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لثبوتها عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) رواء الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضره) لا محالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والنسر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (٣١٣) (لعدم الشهوة)

وأما في المائل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتبين الاخلاق وتناظر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلم هذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرة) أي الولي (بمخلاف سائر العقود) وقوله (وان ألتفاسياً) بيان لتفريق الانفعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والخائض المائل بعد الشهادة) يعني أنه لا قصد من صاحب الخائض في وقوع الخائض ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فإقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقوده - ما ولا اقراره - ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان ألتفاسياً) أي ما ضمناه (أحياء لمحق المتلف عليه وهذا لان كون الانلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والخائض المائل بعد الشهادة بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك انلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بمحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام لا عاك العبد والمكاتب شيئاً الاطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منافعه فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئاً فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريدها على الاصل المذكور وعوأن هذه المعاني الثلاثة توجب التجرعن الاقوال لتناسق القوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعه ما وسائر تصرفاته ما الذي يتردد بين النفع والضرر وقوف على اجازة الولي ألا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازته الا اذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يفهم أصلاً خيفة - إذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مسامح لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا يصح عقوده ما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعروف بالام التعريف اذا لم يكن هناك معه ودانما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقرر ركاه في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعمد الى تخصيصه - هم اقطاعه فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لاحضة مخصوصة منهما كما توهم ولتسالم مساعده القاعدة لذلك فلأر يدبهما ههنا ذلك القسم العين منه - ما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب التجراء أصلاً انه موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متر وكه سدس ولا يخفى فسادها ولا يخفى المجن في وهما أنهم اتفهم عما ذكر دلالة لان سبب التجري في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان ألتفاسياً) أقول فيه بحث

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقههاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والابارة والاقارب بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرباء بالحديد والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعنق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء

باب الحجر للفساد

باب الحجر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله)

العناية في شرح هذا المقام والاعتناق يتعمد مضره لاحالة والطلاق وان أمكن ان يسترددين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعل الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما صرح من أنه مما يتعمد ضررا اللهم إلا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والله أعلم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد المصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في قليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد المصلحة المذكورة لمصلحة في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والساوي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقههاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنى السفه على الوجه المذكور رشي أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا ظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العلم بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الجأ وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا ماساغ لعدم المع عا هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لا مكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه تركه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكليسة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أصرا آخر ورا ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف رحمه الله لا يحجر على

لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً لاعتبار ما بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما يمنع من يده

أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباؤه كقوله وإن أعتق عبد انفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولده وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمي إسماء هرأجاز منه بمقدار مهره ومثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب إناها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفه وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عرة واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض أو صبي أو صبا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحاً للماله وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث ثلثان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية أحدهما مسألة أنه لا يحجر السفه فيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وآخرها مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشيد وعندهما لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسألةتين الأوليين أصلاً في الذكرو قولهما تبعاً له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لأعلى قوله إلا المسألة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لأعلى قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم أعلم أن تلقب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنياً على قول أبي يوسف ومحمد لأعلى قول أبي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً لاعتبار ما بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراً لاعتبار ما بالصبي فهذا يحجر عليه اهـ (أقول) تفرير غير مطابق للشروح إذا لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه على الصبي قياساً تقررياً في وجوب الحجر ويرشد إليه قطعاً قوله فيما سأتى من قبل أبي حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولأعلى الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكمية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالوا هذا الدليل الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لأعلى قول الشافعي لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالتاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجراً وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه اهـ (أقول) فيه نظر لأن من كان مصلحاً في ماله لا يسمى سفهاً في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسداً في دينه يسمى بالسفه على معناه الأصلي فلا يجدى نسبها هنا إذ نحن بصدد بيان حكم السفه في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخل في السفه فيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سأتى في الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذي يقتضيه العقل) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظراً لاعتبار ما بالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذي ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما فأما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له والفائدة تظهر فيما إذا كان السفه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالتاسق فعنده يحجر عليه زجراً وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما

(ولاي حنيفة رجه الله أنه مخاطب عاقل) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشد) وثوقض بالعبد فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب
بأنه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة
الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالبيع والجمعة والعيمين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو وضع
الى ذلك حرم سقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته (وفي سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح
القياس على منع المال) جواب عن قوله ما وله ذامع عنه المال وتقرر به أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجره على التذير
والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقياس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتباراً بالصبي أي لا يقياس السفه على الصبي
(لأنه عاجز عن النظر لنفسه) وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة باعطاء آلة القدرة (لما ذكرنا أنه عاقل) (والجري على خلافه

لسوء اختياره) فكان قياس
قادر على عاجز وهو فاسد
وقوله (ومنع المال مفيد)
جواب عن قوله ثم هو
لا يفيد بدون الحجر يعني أن
منع المال بدون الحجر مفيد
(لان غالب السفه) انما يكون
(في الهبات والصدقات
وذلك يقف على اليد) أي
لا يملك الا بالقبض فاذا لم
يكن في يده شيء تمتنع عن
ذلك وان فعل لم يفد (قوله واذا

(قوله ولاي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشد) قيل يشكل هذا بالعبد فإنه مخاطب
عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقاً والمطلق ينصرف الى
الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل اسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية
والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالبيع وصلاة الجمعة والعيمين والشهادات
وشطر الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالخطاب في قوله انه مخاطب هو الخطاب بالتصرفات المالية
بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات
فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا رتبة ما في
النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك
لان الخطاب لا يكون الا عاقلاً فان ما ليس يعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لاجماله (قوله وقال
لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى

تفريع على مسألة
الحجر ومعناه أن القاضى
ان حجر على السفه على
رأيه ثم رفع حكمه الى قاض
آخر فأبطل حجره وأطلق جاز
تصرفه وكان الواجب أن
لا يجوز لانه قضاء لاقى
بجتمه دافيه ونقضه باطل
وانما جاز لان الحجر من
القاضى فتوى لقضاء لان
القضاء يقتضى المقتضى له

والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلبنا وجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقتضى له من
حيث ان الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أباح حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع
تصرفه بعد الحجر الى القاضى الجائر أو الى غيره فقتضى بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لانصال الامضاء به فلا
يقبل النقص بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رجه الله اذ ابلاغ الغلام سفهاً يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفه قبل ذلك
نافذة لانه لا يحجر عليه عند ما بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشده وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد بمخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج
العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى ان حجر على السفه
على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضى (قوله فصار محلاً) أقول يعني فصار نفس القضاء محلاً الخ

وتسأله عبارته في الجمع بين الابدوحي وظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالمصاوي لا يحمي حقيقته رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن توجه على وجهين أحدهما أن يقلل لما أن علة المنع السفه لكن المعامل هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جذا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (١٧ ٣١) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل آخر وتقرر به أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رد ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رد ذلك بجمع سنين اعتبارا بعمدة التمسيز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا) ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بآيئاس الرشدا فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا بعدم عند عدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متماعيا في الاصله قال (ثم

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى مابقي العلة وصار كالصاوي لا يحمي حقيقته رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع وله هذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأق التفريع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يمتل مؤمنا متعة مدحجر أو فقههم خالدا فيها على المكث الطويل خيانة فلا تدافع بين الابدوحي كما لا يخفى (قوله ولا يحمي حقيقته أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن توجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه امكن المعامل هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جذا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد اتفق أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعامل هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعامل عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعد انباء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن تخلف المعامل عن العلة باطل وله هذا قال في دليل الامامين فيبقى مابقي العلة فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعامل باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانفتحت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعامل الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآيئاس الرشدا فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا بعدم عند عدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متماعيا في الاصله (أقول) الظاهر أن كونه متماعيا في الاصله عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشديه سلمناه لكنه

لا يتأق التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأق على قول أبي حنيفة رضى الله عنه

(قوله وتسأله عبارته في الجمع بين الابدوحي وظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكمال كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا ويكفي الاحتمال فيه

(وانما التفريق على قول من يرى الجرح عنده الماصح الجرح لا ينفذ ببعده اذ باع انظر فائدة الجرح عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان يحمل القيمة او كان البيع راجحا وكان الثمن باقيا بيده (أجازة) وان كان الثمن أقل من القيمة او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البدل واستبدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك بوجوب الجواز وورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأوجب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفسه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (النظر له فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل جرح القاضي جاز عند أبي يوسف رجه الله لانه لا بد من جرح القاضي عنده لان الجرح دائر بين الضرر) وهو (٨١) اهدار آدميته (والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان) فلا بد من مرجح وهو القضاء

وعند محمد رجه الله لا يجوز وانما التفريق على قول من يرى الجرح فعنده الماصح الجرح لا ينفذ ببعده اذ باع بوقفا لفائدة الجرح عليه وان كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل جرح القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من جرح القاضي عنده لان الجرح دائر بين الضرر والنظر والجرح للنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفيه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذ بلغ رشيد اثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفيه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الجرح (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رجه الله فلم يخص قولهما بالذكرا احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الجرح وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفيه لانه لا تأثر للجرح عنده بل احتراز عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الجرح كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجرح وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لامن كل وجه (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لانقصان في عقله فكذلك السفيه والعنق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفيه لو حنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

وعند محمد لا يجوز لان يبلغ محجورا) عليه (عنده اذ العلة عنده هي السفيه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذ بلغ رشيد اثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفيه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الجرح (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رجه الله فلم يخص قولهما بالذكرا احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الجرح وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفيه لانه لا تأثر للجرح عنده بل احتراز عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الجرح كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجرح وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لامن كل وجه (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لانقصان في عقله فكذلك السفيه والعنق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستبدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراء من قوله الجواز الاعتقاد (قوله بل احتراز عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحائث الصوم كالمعسر اذا حنت في يمينه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جدهن لهن جدهن وقد أثر فيه الخبر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والخبر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد السعاية به دون ما وضع الكلام له لأنقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالخبر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الخبر لا يمكن أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣١٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن

والاصل عنده أن الخبر بسبب السفه بمنزلة الخبر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الخبر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الخبر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لأنهما لو جبت إنما تجب حق المعتقه والسعاية ما عهد وجوبه في الشرع إلا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيًا لأنه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جدهن لهن جدهن وقد أثر فيه الخبر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والخبر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لأنقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالخبر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الخبر لا يمكن أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (أقول) في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضا أما في الجواب عن الأول فلا أن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الأول لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قواهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخبر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما إذا كفي الجواب بقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلا أن ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لأن الخبر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الخبر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المخبر ورقي قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعتراض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

بينهما (والاصل عنده أن الخبر بسبب السفه بمنزلة الخبر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا للزام العقوبة باللسان بالكتاب سميها كأن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لأن جرح الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الخبر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الخبر على المريض) لأجل النظر

لغيرائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر إلى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لأنهما لو جبت لوجب حق المعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فإنه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لأن التمييز يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك أنشاء حقيقة العتق فلا أن تلك أنشاء حقه كان أولى (الأنه لا تجب السعاية في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد جده في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينفذ بالكتاب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يجمع قوله في القرابة حتى
 على نفسه فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الرشد فان الزوجين اذا اتفقا
 يقر على نفسه بالنسب والسفاه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجها لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة
 صحيح ويجب مهرها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجب الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف
 أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهوره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن
 كل ظاهر شهرين متتابعين وان كان مالكا لئلا حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بقوله) اذا سبب التزامه
 فيستكن فيه معنى التبذير يفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع
 القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة متفقية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفية كما تقدم ومع السعاية لا يقع
 العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى
 لها نفقة السفرة لان العمرة عندنا طوع كالو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جنابة (٣٣١) فان كانت مما يجزئ فيه

الصوم فعليه الصوم ليس
 الاوان لم يكن ولزمه الدم
 يؤدي اذا أصح (فان مرض
 وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار
 أن الوصية غالبة كون في
 المرض فان السفية الصحيح
 اذا أوصى بوصية حكمها
 يحكم المريض والقياس
 ينقيها كالتبرع في حياته
 واستحسنوا فيها اذا وافق
 الحق وما ينقرب به الى الله
 تعالى أن يكون من الثلث
 لان نظره فيه لان وجوبها
 بعد وقوع الاستغناء من
 المال في أمر دينه وحينئذ
 لا نظره في المانع وانما النظر
 له في ا كسب الشاء الحسن
 بعد موته وفي تنفيذ ذلك

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته
 لكونه عابدا لكن بيعت أمينامه كى لا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه
 ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل
 يكفر بعينه وظهوره بالصوم لانه مما يجب بقوله فلو فتنها هذا الباب يذروا ماله بهذا الطريق ولا كذلك
 ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى
 من غير صنعته (ولا يسم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقة عليه في طريق الحج) كى لا
 يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها
 بخلاف ما زاد على حرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد
 منهم ما فلا يمنع من الجمع بينهم (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر
 رضى الله عنه لا يجزئه غيرها وعسى جزر أو بقرة قال (فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب
 الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ عسى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوبا وقد ذكرنا
 من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلا ماله عندنا
 والفسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي يحجر عليه زجره والعقوبة عليه كما في السفية وهذا لم
 يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية
 اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفية فقط فحينئذ لا يكون
 لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

(٤ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيا
 والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز لاب ولوصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى
 له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولاوصى الاب على البالغ السفية الا بأمر الحاكم والثاني أنه يجوز تركه ولا يجوز تركه كاح الصبي العاقل
 والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تبديره وهذا السفية
 اذا بر عبده صح تبديره (قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلا ماله عندنا والفسق الاصل والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر
 عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفساق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلا ماله وعندنا لا ننظر
 له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(قوله فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الوالد الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفية في إقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في
 الوالد والوالدة والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة امرأة فقامت اتصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما
 بينهما من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

عندنا لاسلامه فيكون
وليس بالتصرف وقد قررناه
قبلا تقدم) يعني في أول
كتاب النكاح (ويحجر القاضي
عندهما أيضا وهو قول
الشافعي على من ليس
بسفیه لكنه متغفل) يعني
في التجارات (ولا يصح عنها
لسلامة قلبه لما في الخبر من
النظر له) واعترض بأنه
خلاف ما ثبت عن النبي
صلى الله عليه وسلم فإنه
ما جرح على حبان بن منة
وكان يغبن في التجارات بل
قال له صلى الله عليه وسلم
قل لا خلاية ولي الخيار
ثلاثة أيام وأجيب بأن الخبر
على المغفل ثبت بدلالة قوله
تعالى ولا تؤنوا السفهاء
أموالكم لما أنه يتلف الاموال
كالسفيه فلا يعارضه خبر
الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال
وليس النزاع فيه وانما النزاع
في الخبر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو
باطلاقة يتناول القليل منه
والكثير) أقول وللخصم
أن يمنع مستند بانصراف
المطلق الى الكامل (قوله
ومن أصلح في ماله الخ)
أقول وكذا من أصلح دينه
دون ماله كالمغفل فما
ذكره ينتقض به فتأمل
(قوله ورد بأن ذلك لمنع
المال) أقول ويجوز أن

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه
فيكون والبالا تصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب
الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الخبر من النظر له
وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة (قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا
منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تقع فإذا أوجد رشدا متافقا وجد
الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أعتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في
الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه
يجبر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتناوله النكرة المطلقة
فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والظاهر في تقرير راسد دلالة ائتمنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره
صاحب الكفاية بعد ذلك كما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولأن الرشد في
المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تنعم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق
بأنه راسد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا
برشد في دينه انتهى فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون والبالا تصرف)
أقول يرد النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لما لا محالة لأن الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه
أقوى نلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والبالا تصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب
إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن
يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما جرح على حبان
بن منة وكان يغبن في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام فأثبت له البيع
بشرط الخيار وما جرح وأجيب بأن الخبر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤنوا السفهاء أموالكم
لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب
العناية بعد ذلك كرا لا اعتراض والجواب ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الخبر
انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الخبر أيضا بطريق الدلالة وإن لم يقد المنع كما
سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الخبر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر
في دليل أبي حنيفة على عدم الجرح على السفيه فأنى يفهم من منع المال الجرح بطريق الدلالة وأن منع المال
مفهوم لان غالب السفيه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا
عن قوله من المنع لا يفهم بدون الخبر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وإن لم يقد المنع كما سبق من
دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظرا لان
في حديث حبان بن منة دفع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار
كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بشيء اذ لا شأن له بالخبر في الحديث
المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور
فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بأنه لم يصبر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي
ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم
يشترط فيها الخيار فلا تنفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن يحجر
القاضي على المغفل في بيعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه أن الخبر على المغفل في
بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منة

فصل في حد البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجبر وجب بيان
انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحليم بالضم (٣٣٣) ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ

الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ والاصل
هو الانزال قال الله تعالى
واذ بلغ الاطفال منكم الحلم
فان لم يوجد شيء من ذلك
فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة
وبلوغ الجارية بالحض
والاحتلام والحبل فان لم
يوجد ذلك فحتى يتم لها
سبع عشرة سنة عند أبي
حنيفة رضى الله عنه
وقالا اذا تم للغلام والجارية
خمس عشرة سنة فقد بلغا
وهو رواية عنه وهو قول
الشافعى رحمه الله وكلامه

فصل في حد البلوغ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك
فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع
عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقالوا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية
عن أبي حنيفة وهو قول الشافعى وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة
سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى
يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع
الانزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا
عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ما عن
هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه
القبي وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث تشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا
في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المراجع للاحالة قال (واذا راق
الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين)
لانه معنى لا يعرف الا من جهته اظهر فاذا أخبر به ولم يكذب ما الظاهر قبل قوله ما فيه بما يقبل قول
المرأة في الحيض

فصل في حد البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد
أسباب الجبر لم يكن بدم من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم
عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي
رشد انما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منه لانه اذا بلغ الاكثر منه اقل مدد
منها دون العكس نعم وجود الأقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام
ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده
بل لا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما
قالا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لا دنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية
ولا تقر بامال التيسر الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره
ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لبدأ بمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لايكون ممتدا الى أقصاه
فكانت ثمانى عشرة ممتدة في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر
لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى
يلغ أشده فجاء دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد
لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه
أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد
بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل
التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا
أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد كفى بقوله للاحتياط وهو
الاصوب

فصل في حد البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد
أسباب الجبر لم يكن بدم من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم
عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي
رشد انما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منه لانه اذا بلغ الاكثر منه اقل مدد
منها دون العكس نعم وجود الأقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام
ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده
بل لا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما
قالا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لا دنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية
ولا تقر بامال التيسر الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره
ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لبدأ بمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لايكون ممتدا الى أقصاه
فكانت ثمانى عشرة ممتدة في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر
لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى
يلغ أشده فجاء دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد
لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه
أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد
بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل
التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا
أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد كفى بقوله للاحتياط وهو
الاصوب

الجارية تسع سنين) والله أعلم

فصل في حد البلوغ قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

الدين ايضاً من أسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا يجرم أثر تأخيرها وينبغي للقاضي أن يشهد أنه جبر عليه في ماله احتياطاً للمنفعة (٣٢٤) النجاشي حدان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا أجبر في الدين واذا وجبت دين على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أجبر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز دفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع جبر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص

باب الحجر بسبب الدين

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد ما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجذ من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيئاً منها وأما على قولهم جبراً ببناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتاً منهم وما ونفياً منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا يجرم أثر تأخيرها عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر في الدين واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أجبر عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز دفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز لانه فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى (أقول) لا يذهب عليه أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز دفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحمل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره يرشده اليه أنه قال لا أدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الاهلية وبالأدنى ضرراً يقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفاً وعلو اهدارها ضرراً متلاًزماً وكذا ادانة نفس المال ودانة ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها وما يحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحمل الترك المنعني في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبيح الضرر الأعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه وصحى الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه في الآخرة أي أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجود له في المال دون ما يثبت له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في المأذونات نفذ وأن يبين من الحجر لاجل ما به لانه لا يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز لانه فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى فان قيل اهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسب دفع الحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع جبر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص

باب الحجر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولانا كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب بدنه وبيع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اعداء
 الاهلية تحقيق اعداءها أولا اذ الابقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان
 رأسا لأن فيه الحاقه باليهائم قلت لان سلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في
 الشبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم المحل على خلاف المتبادر من ظاير اللفظ بقدرينة المقام
 والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لثلاثين لم يعلم أهل الكتاب وفي قوله
 تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الأمثلة فان قلت قد عرفت مواقع زيادة لا في أكثر كتب
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع
 المضاف على السند وذو وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكرا بن هشام في معنى اللبيب وقوع
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعدمها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فين فتح
 الهمة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة والالكان عذرا للكفار وعدمها أيضا قوله
 تعالى وحرام على قرية أهلكتها أنهم لا يرجعون وقال فقبل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا
 أهلا كهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا
 من المواقع الاربعه المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفيهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت
 لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا أدنى اذ لا معنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان
 ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا أدنى
 لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذلك فيترك الضرر
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم
 ذلك بأن يحتمل الالام في قوله لا أدنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تبسر
 الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى وحجتي بالالام بمعنى عند قد
 ذكره ابن هشام في معنى اللبيب ومثله بقوله لم يكتبه الخس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر الالام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه
 أبعد الوجهة التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملته ما لوحظ
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الخبز ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول
 أعلى لو كان في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسب بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق
 المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من
 ضرر الدائن مستندا بكونه ما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقرر به أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بلا حطة
 مقدمة مقررة وعنى أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شأن لهذا القياس يقتضي
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كان في شخصين فقط والمنع وبطل السند ولكن
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهى قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع
 خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن ينسب بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا
 من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاته ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول
 في الجواب بحث أما أولا فلا أن قوله ان ضرر الدائن ينسب بالحبس لا محالة في حين المنع لجواز أن يختار

المديون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يدفع حينئذ ضرر الدائن وأما ما يافلان الحبس لو كان
 أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر
 الأعلى ادفع الضرر الأدنى كما هو الأساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالإجماع
 ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدي مع قدرته على
 أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة لا بغاية التدرة ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب لا الكثر
 وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن
 بالمطالبة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المطالبة حيث
 قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يعمل بحسبه وأمره يدفع ما عليه
 لأن الحبس جزاء المطالبة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله
 والحبس ضرر للحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الإشارة إليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء
 الجواب والاقلام دخل له أصلا في اثبات المقدمة المنصوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا
 كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا
 الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى ادفع الأدنى فإن
 قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المطالبة معالين يدفع به ظلم
 المطالبة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحسبه أبا حنيفة يبيعه في دينه إبقاء لحق الغرماء
 ودفع الظلم اه فبقياس المقدمة المذكور في الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى ما يدفع به ضرر الدائن يقال
 ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المطالبة لما اندفع به ذلك الظلم قياسا أن يكون الحبس أعلى من ظلم المطالبة
 أيضا فيعود انتفاض قوله لا يتحمل الأعلى ادفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الأدنى وهو
 المراد بقول المصنف فيما بعد دفعنا لظلمه لظلمه الماضي إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المطالبة
 لأنه عرض لا يبيى والذي جعل الحبس جزاءه إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي
 مع دفع ظلمه الأدنى ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي
 كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول إن قوله لا يتحمل الأعلى
 لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في
 فصله وفصله فيترك به القياس بخلاف الجرح بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجرب فيه القياس وينقطع
 النقض بالحبس قطعاً لا يقال الجرح بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روي أن معاذ بن كعبه دون
 فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم عنه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والنيين
 وبعض شروح هذا الكتاب دليل على قول الإمامين في هذه المسئلة لا نأقول أجابوا عنه في ثالث
 الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن يسع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بانه استعان بالنبي
 عليه الصلاة والسلام وقالوا الدليل عليه أن يسع ماله لا يجوز حتى يأمره وبأبي ولا يظن بمعاذ رضي الله
 عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله
 صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا بركته اه فظهر أنه لا نص يدل على
 جواز الجرح بسبب الدين فتعين أن المدا فيه هو القياس وتحقيقه هذا المقام على هذا المتوال من
 الأسرار التي وقعت لها بتوفيق الله تعالى ثم إن من العجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الزمان
 بأن أمتحن مع بعض من عدى من الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة
 الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب
 فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة في قول صاحب العناية

(ولكن يجبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه) اي فالحق الغرماء ودفع الظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الجرج عليه حجر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن وصليته فيجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة
ما موصولة فبني على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا
حكيمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعاء عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه
وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع
الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله درمن قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن
يجبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول يريد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على
نظيرها في أوائل باب الجرج للفاسد بأن قال تسامح عبارة في الجمع بين الابدو حتى ظاهر ويمكن توجيهه
عبارة ههنا أيضا وجعلناه عبارة هنالك من أجل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا
توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يجبسه أبدأ
ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابدو حتى بمعنى الانتهاء
دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع
تأمل توقف (قوله وقال اذا طلب غرماء المفلس الجرج عليه حجر القاضي عليه) أقول لقائل أن
يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الجرج على الغنى أيضا عندهما نظر الغرماء بل الجرج
بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على القطن فذكر المفلس في وضع
المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيره انقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة
الجرج بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو جرج عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه
بالافلاس لا يصح حجره بالاختلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء
بالافلاس والجرج بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه
القضاء بالافلاس أو لاو بالجرج بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول
المانع من الجرج عند أبي حنيفة كون الجرج متضمنا لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء
بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال
مسئلة الجرج بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لاننا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف
بيان المذهبين في هذه المسئلة ونقرر ردايلهما كقوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال
لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهم لانه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم وقوله فيه
أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص يدل قطعاً على أن ليس مدار
ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الجرج بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذا القضاء
بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المسذورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل
مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة
القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الجرج
عليه معناه الحقيقي بل المراد به امان يدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا اذا الظاهر أن المدينون الذي
لا يؤدي دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذي
لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يجبسه حتى يبيعه
في دينه اي فالحق الغرماء
ودفعوا لظلمه وقال اذا
طلب غرماء المفلس الجرج
عليه حجر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن
يجبسه أبدأ حتى يبيعه)
أقول فان قيل الحبس أيضا
بعد الرضا كما سبق في
الاكراه فلا يصح البيع
قلنا الحبس لقضاء الدين بما
يختاره من الطريق فلا
يكون اكراهاً على البيع
فليتأمل قال المصنف
(ودفعوا لظلمه) أقول فان
قضاء الدين واجب عليه
والمماطلة ظلم

ومنع التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالعين يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلة الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين ذلك) لأنه يمكنه الاتفاق بالاستقراض والاستيلاء والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فإن التفريق هنا متعين لأنه لما يمكنه الامتناع بالمعروف تعين عليه التسريح بالأحسان فلما امتنع عن التسريح بالأحسان مع تجزئه عن الامتناع بالمعروف تاب القاضي منابه في التفريق (٣٢٨) (قوله والحسن لقضاء الدين) جواب عن قوله ما حتى يحسن رفع السين لأجله

ومنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما (لأن الحجر على السفه انما يجوز إذا نظر له وفي هذا الحجر نظر للغرما لأنه عساه يلجئ ماله في فوات حقه ومعهن قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرما والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله أن امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لا بدناء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع تاب القاضي منابه كافي الحب والعنة قلنا التجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين ذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرا راجعا مابتأخير حتى الدائن وتغذيب المدينون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير آخره) وهذا بالأجاء لأن الدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كافي العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً وجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف والنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فاقترقا (وباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار ببدء باليسر فاليسر) لمافيه من المساعدة وقيل دستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب دينه وبيع الباقي) لأنه كفاية شمس الأئمة الحلواني لأنه إذا غسل ثيابه لأبدله من ملبس قال (فإن أقر في حال الحجر بأقرار له ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حتى الأولين فلا يمكن من إبطال حقهم بالاقرار غيرهم

أى لأجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيلاء وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظمما لأنه اضرا راجعاً بما تأخير حتى الدائن وتغذيب المدينون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالأجاء فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وإن كان هذا بالأجاء لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملاً بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجزى للغيرم ولاية الأخذ نظرا إلى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغيرم ولاية الأخذ مع قصوره ثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظر فيتبغى أن ينظر للمدينون كما ينظر للغرما فيبيع ما كان أنظر له

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم ساء من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهد في ذلك على القدوري لأن هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص بأخذه بذكر وان كان هذا بالأجاء لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ (أقول) ما ذكرناه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتداد بغير

القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغيرم ولاية الأخذ مع قصوره ثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضي نصب ناظر فيتبغى أن ينظر للمدينون كما ينظر للغرما فيبيع ما كان أنظر له

قال المصنف (والحسب لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنفاه من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والآخرهين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالأجاء فلا يصح البيع (قوله لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بمخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني إذا استهلك (٣٣٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء

(لأنه مشاهد لامرته) بمخلاف

الأقرار فإن سببه محتمل وقوله

(وان لم يكن أخرجه تحريزا

عن هلاكه) لأنه لا يجوز

اهلاكه لكان الدين ألا يرى

أنه لو توجه الهلاك اليه

بالخصصة لكان له أن يدفعه

بمال الغير فكيف يجوز

اهلاكه لأجل مال الغير

وعن أبي يوسف رحمه الله

أنه لا يخرج من السجن في

هذه الصورة أيضا لأن

الهلاك لو كان انما يكون

بسبب المرض وأنه في

الحبس وغيره سواء وقوله

(هو الصحيح) احتراز عن

قول بعضهم لا يمنع عن

الاكتساب في السجن لأن

فيه نظر المجانين لجانب

المديون لأنه ينفق على نفسه

وعياله ولرب الدين لأنه إذا

فضل منه شيء يصرف ذلك

اليه وقوله (ولا يحول بينه

وبين غرمائه بعد خروجه

من الحبس) أي لا يمنعهم

من أن يدوروا معه أينما

دار (بلازمونه ولا يمنعونه

من التصرف والسفر لقوله

صلى الله عليه وسلم لصاحب

الحق يدولسان أراد باليد

الملازمة وباللسان التقاضي

ووجه التمسك أن الحديث

مطلق في حق الزمان فيتناول

الزمان الذي يكون بعد

بمخلاف الاستهلاك (لأنه مشاهد لامرته) (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ أقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرطامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد هنا إلى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر إلى الميسرة ولو عرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعايشته وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمخترع فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بمخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بمخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بمخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل أدنى صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخاة بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما هو قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخاة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استهلاك أول كلامهم بل اختلافه فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بمخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بالأخلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس للمفلس ههنا على معناه الحقيقي كما هو نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لأن قوله من ماله يأبى ارادتهما قطعاً وعن ههنا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصراً قد وردى والبدلية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن الميسر وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الجمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لأمر يعترض الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله إلى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القسودى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القسودى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظر إلى الميسرة لتعديل

وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذوا القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر واحد منهم خمسمائة ولا آخر منهم ثلثمائة ولا آخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وجسده يديهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيه تصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والمديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينة اليسار ترجح) اليسار اسم الياسر من أيسر أى استغنى والاعسار مصدر أعسر أى افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقيهم في القوة (وقالوا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الآن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالافلاس عند ههما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظر إلى المسيرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لأن مال الله تعالى غادر وأمره ولا نوقف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاطاعة فبطل حق الدفع لا يبطل حق الملازمة وقوله الآن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لأنها أكثر أثباتا إذا الأصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه جسر (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلاء ولو اختار المطلوب الجلس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فينتدب بحسبه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فهم من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأه أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

تؤكده ما دل عليه غيره إذا الأصل هو العسرة فصار كبنية ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لأنه جسر وليس يستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعى أن يجلسه في مسجد حبه أو في بيته لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كغدا أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد له من موضع خلاء وعن هذا قيل إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرّب (ولو

ذلك وأقول كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضى للثلاثة عرض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فإن لم يعرف لأفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كظايره ولا يكون قلعا كما ذكره تبصرتهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعى لأن استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعى وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصص كل واحد منهم من الدين بل يلزم لزوم

اختيار المطلوب الجلس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق والاستواء والأشد (عليه إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فينتدب بحسبه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأه أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى بطالب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجهه هنا بأنه على سبيل الازدواج كافي قوله عليه الصلاة والسلام أرجعن ما جورا غير مأزوران (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والتضمير في تلازمها أرجع إلى المديونة

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن (بوجوب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالوكان المشتري ملياً وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو له ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الإفلاس والملي * فإن قيل هذا الاستدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعارجل أفلس فأدرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (١٣٣)

باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعارجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوأ غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل ما ذكركم من الدليل أن صح بجميع مقدماته لزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفسوس لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأننا لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلو س هي غن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممنوع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذ وموتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالخص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقداً معاوضة والالزام أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقداً معاوضة وهو الوجه لبيان المنصف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والأمام الزينبي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير وللولي أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلاً عنه فإذا قبض العين بدلاً عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فليتقيا قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمه الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من أموالكم رأس مالاً فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو ملك به) أقول الضمير في قوله به راجع إلى العقد

أريد كتاب المأذون بعد كتاب الجبر ظاهر المناسبة إذا الأذن يقتضي سبق الجبر فليأت بما وجب ذاتها
أيضا كراوما المناسب (قوله الأذن للاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين
الفتاوى مجيء الأذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الأذن بمعنى الاعلام فقوله الأذن للاعلام
لغة محتمل نظري يظهر ذلك أن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب اللغة
تفسير معنى الأذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلمهم تسامحوا في التفسير فعبءوا عن معنى الأذن
من أذن له في الشيء إذا أذن له أباحه كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يتخلو عن نوع
الاجمال اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الأذن لغة وشرطا ثم قال أما اللغة
فالأذن في الشيء رفع المانع أن هو محجور عنه واعلام باطلاقة فيما يجزعه من أذن له في الشيء إذا
أذن له من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والأذن في اللغة الاعلام
ومنه الأذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل
شرائط الركن من كتاب المأذون لأن الأذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذن من الله ورسوله أي
اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الأذن والأذن حيث استشهد به على أحد هما على معنى الآخر
وليس كذلك قطعا والظاهر في تفسير معنى الأذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
حيث قال أما الأذن فهو الاطلاق لغة لأنه ضد الجبر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أي شيء كان اه
(قوله وفي الشرع فكل الجبر واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعني أن العبد كان محجورا عن
التصرف لحق المولى فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أي أذن المولى لعبد
في التجارة اسقاط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل أن يذنه
وبالأذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى إذا أذن لعبد في التجارة أسقط حق
نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل أن يذنه اه وقال تاج الشريعة
لأنه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الأذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الأذن يسقط
هذا الحق وتعلق الديون بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فكل الجبر واسقاط الحق وهو حق
المولى ماله الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الخبير بهما صونا لحق المولى والله بالأذن أسقط عنه
اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال
واستجباره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه الاموجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من أن يظل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق
ههنا حق المنع لاحق المولى لأنه مع اختصاصه بالأذن العبد غير صحيح لأن حق المولى لا يسقط بالأذن
ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سمي أي والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان
صديا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه
حق المولى بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق
هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون
الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان
حقه قطعا وأما ثانيا فلأنه ان أراد بقوله أن حق المولى لا يسقط بالأذن أنه لا يسقط به أصلا فمنع

كتاب المأذون

أريد كتاب المأذون بعد كتاب الجبر ظاهر المناسبة إذا الأذن يقتضي سبق الجبر
(وهو في اللغة عبارة عن
الاعلام وفي الشرع فكل
الجبر واسقاط الحق عندنا)
فان المولى إذا أذن لعبد
في التجارة أسقط حق
نفسه الذي كان العبد
لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل أن يذنه

كتاب المأذون

(قوله وفي الشرع فكل الجبر
واسقاط الحق عندنا)
أقول لا يخفى على من
أذن الصبي والمعتوه ليس
فيه اسقاط الحق وسيجيء
تفصيله ثم اعلم أن قوله
واسقاط الحق عندنا
كالتفسير لقوله فكل الجبر

(والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته بعد الرق) (٣٣٣) الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه يوجب
تعلق الدين برقبته أو
كسبه وذلك حق المولى
المجبر عنه (فلا بد من اذنه
كي لا يبطل حقه من غير
رضاه) فقلوه واسقاط الحق
الخ كالنفس بغير لقوله
فك الجبر وقوله عندنا
إشارة إلى خلاف الشافعي
رحمه الله فان الاذن عنده
توكيل وإنابة وصحح
المصنف رحمه الله كونه
اسقاطا عندنا بقوله
ولهذا لا يقبل التأقيت
فانه لما كان تصرفه
يحكم مالكه بأهليته
وأنها عامة لا تختص
بنوع ومكان ووقت دل
على أنه اسقاط لحق
المولى لا غير الاسقاطات
لا تتوقت كالاتفاق
والعتاق فان قيل قوله
فك الجبر جواب واسقاط
الحق مذكور في حين
التعريف فكيف جاز
الاستدلال عليه
فالجواب من وجهين
أحدهما أنه ليس باستدلال
وانما هو تصحيح النقل
بما يدل على أنه عندنا
معترف بذلك كما أشرنا
إليه والثاني أن حكمه
الشرعي هو وتعريفه
فكان الاستدلال عليه من
حيث كونه حكما لا من حيث
كونه تعريفا وصحح المصنف
كونه يتصرف بأهلية نفسه

والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
واشجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه الا بموجب تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه
كيف وسياقي أنه اذ الزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فباع كل ذلك
للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما
اذ لم تحط به ما ديون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه
بالكلمة المبتدأ بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته
أيضا بالنظر إلى البعض الساقط عقد دار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل
التبعية فيجوز أن يكون مداما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فانه هو التفسير الشرعي وهو فك الجبر الثابت بالرق شرعا عما
يتناول الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الجبر عن التجارة
وقال هـ ما ذكره في المبسوط والابيضاح والذخيرة والمغني وغيرها هـ وقد اختلف في أثره الامام الزيلعي
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الجبر اهـ (أقول) كون حكم الاذن
ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقر عنه هم انما هو أثره الثابت به المترتب
عليه وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثر امر تباع عليه لا يصلح أن يكون تفسيره لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة
* ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الجبر الثابت بالرق شرعا ما يتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الجبر عن التجارة اهـ فيجوز أن يكون المراد
بفك الجبر المذكور فيها ما هو مصدر من المعنى للفعل فيؤول إلى معنى انفكاك الجبر ويصير صفة للجبر
ولاشك أن المراد بفك الجبر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المعنى للفاعل وصفة للاذن
فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك
كالانكسار مع الكسر ثم ان الأظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى النخبة
حيث قال وأما حكمه فذلك المأذون ما كان من قبيل التجارة ونوابعها وضرواتها وعدم ملكه ما لم يكن
كذلك إلى هذا اشارة في النخبة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه
إلى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرق في أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع
قيام الرق فيه وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاءها وأدى طريق قضاءها ملك اليد فهو
الحكم الاصل للتصرف وملك العين شرع للتوصل إليه فانه هو الحكم الاصل يثبت للعبد وما وراء ذلك
يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختيار البائع البيع يثبت ملك
العين للوارث على سبيل الخلافه عن المورث يتصرف بأمره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا إليه) (أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بحالته من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لا امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حتى لا يحالته ولهذا أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته

ولهذا لا يرجع بحالته من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوم أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لأن الاسقاطات لا تنوقت ثم الأذن كما ثبت بالصريح ثبت بالدلالة الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك للمولاد رقة لا بد والمدير مملوك له يد الرقبة والقن مملوك له يد اورقبة فإن الرقيق إذا كان مالكا كيد فكيف يكون مملوكا كمولاه بد في صورته ان كان قن أو مديرا وان أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالأذن أو الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله) ولهذا لا يرجع بحالته من العهدة على المولى (قال في العناية وصح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله) ولهذا لا يرجع بحالته من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لا امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حتى لا يحالته ولهذا أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الأذن أيضا لكن شرطنا أذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية نافلا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه عاك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضى شئ منه ما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهم ما هم الغالب وقوعها في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء منه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيبيء اه (أقول) في كل من اراده وجوابه سقامة أما في الأول فلا لأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجرم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت في هامر وأما في الثاني فلا يابعدا ثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الأذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو جلت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقدح الحمل على مذهبه والذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله) ولهذا لا يقبل التأقيت

قبل الأذن أيضا لكن شرطنا أذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع والتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية أعمتراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الأذن فلك الجهر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الجهر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقيا كان الجهر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم ان الأذن كما ثبت صريحا ثبت دلالة

(قوله) ولهذا لا يرجع بحالته من العهدة على المولى (أقول) قال صاحب الهداية في أول الوكالة ان وكل صبيبا محجورا عليه يعقل البيع

والشراء وعبد المحجور اعليه جاز ولا تتعلق بهم الحقوق وتعلق بموكاهما (قوله) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء (أقول) بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيبيء ثم اعلم ان قوله وهذا الشارة الى قوله وصح المصنف كونه الخ (قوله) والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ (أقول) فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (من ماله شيئاً) ويشتري فسكت بصير ما دوننا عندنا خلافاً للزفر والشافعي رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرر وقد عرف في الأصول قالوا السكوت محتمل للرضا وفطر الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً والمحتمل لا يكون حجة وقتنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان إذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنفذي إلى حقوق دين عليه وإذا لم يكن ما دوننا تأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضطراب للمسلمين أتوا بحقهم ولا ضرار في الإسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولاً والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان فإن قيل عين ذلك التصرف الذي رأى من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا أن رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذا والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذا وإذا رأى رقيقة تزوج نفسه وسكت لا يكون إذا فافترق أعجب بأن الضرر في التصرف الذي رأى متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الأذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت إذاً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذاً بالنظر إلى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله

وفي الرهن لم يصبر سكوته إذا لأن جهة إبطال ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر بإبطال ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحسب لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فأعالم يصبر السكوت فيه إذا قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله لأن السكوت إنما يصبر إذا

كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ما دوننا عندنا خلافاً للزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أو أجنبياً باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فإن قيل قوله فإلّا الجبر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أسرنا إليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريضه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريضاً اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فإن ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فإمعن قوله أنه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريضه مما لا يكاد يصح لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثر امتناعه عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متعدي في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المسد كور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصواتنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً ونظير هذا ما حققنا في فقه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات إنما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أو أجنبياً باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً) قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا كذا صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه إذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المسالك فسكت لم يكن إذا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

وأجازة دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لأن النكاح يكون موقوفاً لنكاح المملوك المملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخته فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وإنما هو في أن سكوته إجازة أولاً ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذاً (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أو أجنبياً باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً)

(قوله إذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بعجز السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول إذا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهم فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لأن كون السكوت إذاً كالأجل دفع الضرر حيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذا

لان كل من رآه ينظمه مأذونه فيه فاعقده فيضر به لو لم يكن مأذونه ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذا عاينا ما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشترى ما بدله من أنواع الايمان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان لانه أي يبيع الأعيان أصل التجارة والمنافع لكونها فائدة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بعين يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالقاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا ليسع بالغبن القاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا المقصود بالبيع الاستبراء دون الاتفاق فكان بمنزلة التبرع ولهذا

لان كل من رآه ينظمه مأذونه فيه فاعقده فيضر به لو لم يكن مأذونه ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذا عاينا ما بالتصرف في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به وجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدله من أنواع الأعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالقاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالقاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرة وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو جازي في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان في جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر

كأنه فهم الخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير اذا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل لا ريب ولا دالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مخرج به في أكثر الشروح وعامة المعنات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فهو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه فيه يصير مأذونا في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اهـ وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينهاه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه ينظمه مأذونه فيه فاعقده فيضر به لو لم يكن مأذونه ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا في حنيقة رحمه الله أن البيع بالغبن القاحش تجارة على كماله الحر فملاكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحرة يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا يفتد من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن القاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الاصر بما لحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الاصر وهذا لا يوجد في تصرف

المأذون لما صر أنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق والقاحش عند أبي حنيفة (ولو جازي العبد المأذون في مرض موته اعتبر بحجاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فباقي بعد قضاء الدين يكون كالمحابة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواست سقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بما له) تبطل المحاباة (يقال للشترى أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر)

يعني اذا حاجي في مرض موته (ولما ذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرهن لانهما ما يفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك أن يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجر أو البيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الأرض من زراعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٧٣) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو أجر نفسه بالدرهم جاز كما سيجي فكذا هذا (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر به وله أن يشارك شركة عنان) وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تنفعه على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصح بتقدير ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويُدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله أن يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قولي (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولا في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنه بدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولأن نفسه

(وله أن يسلّم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه (قال ويرهن ويرهن) لانهم ممن توابع التجارة فانه ابقاء واستيفاء (وعلى أن يتقبل الارض ويستأجر الأجر أو البيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض من زراعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يتجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقتنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنضى الى الحقوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تناخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بانواع حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهم ما أن يقول ذلك الحاجة المعامل حيث اغتر بجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤذبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا وانما أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤذبه عليه فاذا لم ينهه علم أنه راض فجعل سكوته اذا دالة دفعه للغرور عن الناس فانهم يعتمدون ذلك اطلاقا منه فيباعدونه جلالا له على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التخيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حاجته وهلاكه نظائر لما عام له دون خلافه * ثم أقول ببق شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضررا للمولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضررا للمسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فما الفرق والرجحان لابد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذا واذا رأى رقيقه تزوج نفسه وسكت لم يكن اذا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازاله ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٣٤ - تكمله سابق) رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (وما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب) (علك التصرف فيه) ضرورة والمأذون علك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها الاجتزأ أن يكون من حيث ذاتها الثلاث على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر الشافعي لا يكون مأذون إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر له ما أن الأذن تو كسب والنية من المولى لا يستفد الولاية من جهة وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا لا يجوز فيه تخصيص بما خصه به كذا رآب ولنا أنه إسقاط الحق فذلك الجرح على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

ولا يلزم من كون السكوت أذنا بالنظر إلى ضمير متوهم كونه أذنا بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن يسع أن يجني له وفي الرهن لم يصر سكوت أذنا لان جعله أذنا يبطل ملك المرتين عن اليد وقد لا يصل إلى يد من محل آخر فكان في ذلك ضمير متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الرهن فترجح ضرر المرتين تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان يسع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتين عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فأما لم يصر السكوت فيه أذنا قال بعض الشارحين نافعا لان مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصر إذا وازادة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك للمولى لم يملك المولى لم يملكه من اصلاح ملكه ومنافع المملوكة كذلك وليس لأحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا أم كان فسحقه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظرا لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوت اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت أذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت أذنا كان لاجل دفع الضرر فخيت لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل أذنا اه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر اذ لا كلام في أن كون السكوت أذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوت أذنا تحقق الضرر فيه والافلاحيث احتمل أن يكون سكوت أذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يقد كون نكاحه موقوفا على اذنه لعدم ثبوت الضرر فيه وان بني عدم ثبوت الضرر فيه على عدم كون سكوت فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذي طوب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في أن سكوت اجازة أولا تأمل نقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهى عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص ومنها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكنت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكنت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذلك كون أذن له إذا ناعا ما نهى عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذا المراد به ما قررناه أنفايدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومسألة الأذن العام قد مررت مع متدرعاتها في الصحيحة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسألة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخطه حديث الأذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وذلك الجرح على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه إسقاط الحق بجملة فهو ذلك الجرح بجملة فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح ثبت واقراضه ونحوه ما من التبرعات وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب وان أريد أنه إسقاط الحق فذلك الجرح في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه إسقاطه وفيه في جميع

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم (قد تقدم) قد تقدم أن الأذن عند نافذ الجرح واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رحمه الله أنه تو كسب وانابة وعلى ذلك تنبئ هذه المسألة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبرئ مثلاً دون غيره (كان مأذوناً له في جميع أنواعها عندنا وعندهما) في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له إذا ناعا ما نهى عن نوع فالأذن تو كسب وانابة من المولى لا يستفد الولاية من جهة والملك وهو الحكم ثبت له (أى للمولى دون العبد ولهذا لا يجوز فيه تخصيص الأذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البرئ مثلاً (ولنا أن الأذن بإسقاط الحق وفك الجرح على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصص

اذنالك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح

اللعن واذا اذن العبد ان يتزوج فلا نكاح له ان

يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير
العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى وله هذا جاز ان يبيعه عليه فكان العبد كالمالك والنايب عن مولاه فيخصص بما
خبره به من التصرف فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان
يكون العبد عالما بالتجارة في البردون الخز اجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف
بالعبد الفاحش عند أبي حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأعنيته ومالكه فليس السؤال واردا
(قوله بخلاف الوكيل) يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف
في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو مما نفع بالسند أى لان لم أن حكم التصرف وهو الملك واقع
للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه وموضعه أصول
الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا بالكسوة

أو طعاما رزقا لاهل لم يكن
مأذونا وهذا يفيد أن
التخصيص قد يكون مفيدا
اذا كان المراد به الاستخدام
لانه لو جعل ذلك اذنا لانه
باب الاستخدام لانفصائه
الى أن من أمره بده بشراء
بقل بقلسين كان مأذونا
يصح اقراره بدينون تستفرق
رقبته ويؤخذ به في
الحال فلا يستجري أحد
على استخدام عبده فيما
اشتدت اليه حاجته لان
غالب استعمال العبد في
شراء الاشياء الحقة فلا
يد من حد فاصلا بين
الاستخدام والاذن بالتجارة
وهو وأنه ان اذن بتصرف

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع
للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه قال (وان اذن
له في شيء بعينه فليس بماذن) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين بالكسوة أو طعام رزقا
لا له وهذا لانه لو صار مأذونا بنسب علمه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذنى الغلة كل شهر كذا أو قال
اذنى ألفا وانت حوله لانه طالب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعده صبغا أو قصار الا أنه
اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فبصير ماذنون في الأنواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك
الجزء في بعض مدين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع أنواعها اذا
الجنس لا في جميع أنواعها جناس التصرفات فلا برد النقص بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت
فلما قيل أن يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيد به
بنوع فهو مسلم لكن لا يجزى طائلا لان ما نحن فيه ضرورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص
بنوع دون نوع وان قيد به بذلك فهو ممنوع كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون
الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب
العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذناك تصرف في ملك
الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتمام اذنا قل أيضا أن يقول
انما يكون التخصيص تصرف في ملك الغير أن لو أطلق الاذن أو لا فيحقق اسقاط الحق وفك الجزء على
الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

يتكرر صرحا مثل أن يقول اشترى ثوبا وبعه أو قال بعه هذا الثوب واشتر بتمنه أو دلالة كما اذا قال اذنى الغلة كل شهر أو اذنى
ألفا وانت حوله لانه طالب منه المال وهو لا يحصل الا بالكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعده صبغا أو قصار لانه اذن بشراء ما لا بد له منه
دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بشكر والعمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكر ر ك طعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا
ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الأمر بصد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر
دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صرحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام
المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذناك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الجزاء بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون
اذا كان للغير ملك وفي الجزاء بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله واجيب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعنى لانه لم أنه فك الجزاء واسقاط
الاذن بل هو توكيل وانا بة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة قال تظهر قوة هذا الدليل لا يدفع السؤال (قوله
لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذنا لملكه فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فتأخر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب ففلان الغصب يوجب المالك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لأدى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقرارهم غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجاسع تعلق حتى الغرماء بما في أيديهم ما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كالأقرار أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح صحيح بغير إذن مولاه فافتضاها فانه لم يصدق فيه (لانه كالمختور في حقه) وكذا لو أقر بجنابة على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فأقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فلك الحجر انما يظهر في حق التجارة فمالمس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (وليس المأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مملوكه) اذ لك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالمأذون (فكان كالامارة وقال الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامه ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج (٤٠) العبد بالاتفاق ولا تزويج الامه عندهم اخلافاً لابي يوسف رحمه الله قال في النهاية

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لم يصح لاحتب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالمختور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج مملوكه) وقال أبو يوسف يزوج الامه لانه تحصيل المال عنافعها فأسبه اجازته اولهما أن الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي قال (ولا يملك) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفلك الحجر فلم يكن تجارة (الا أن يجيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قد مملكه ويصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذا الكلام فيما اذا قيده أولاً فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قيده حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أوله

في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهم ما يعني الأب والوصي أن يزوج أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب والوصي هنالك في رقيق الصغير منزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أتمته لانه كنساب لاستيفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من

رواية المبسوط والتمعة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة واثنين بالآخره قال (ولا يملك لانه ليس بتجارة) ولا يجوز له المأذون أن يملك لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بفلك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يجيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتماء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد مملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والقسخ عند العجز وثبوت الولاية بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من فقد العتق من جهة ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أو لا اذ اذعده العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بآثار الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيراً بطلت كتابته وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيراً) أقول قال الامام العسامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولم يفي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تصور هذه المسئلة على قول من بأي هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو أكثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمساكين عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز ولادين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عنده مال لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لا يملك انشاء العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (١٤٦) لان ما يؤديه كسب الحر ولا سق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فمعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الأنهم يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من بطمه) لانه من ضرورات التجارة استجبال بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف ينبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد عابض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبه (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الأنهم يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من بطمه) لانه من ضرورات التجارة استجبال بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف ينبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد عابض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء

بآخره من أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية وفوقه بالاذن في النكاح فانه فكما أن الجور واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الابولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيمتصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البرز دون الخبز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلان حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفا بأهليته ومالكه لا يدفع وروى ذلك اذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكه لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانيا فلا يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة ولا يلزم أن ينسب باب المعارضة بالكيفية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الجور على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضاه لانه جاز عليه أجيب بأن ذلك ليس بجور عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وجور المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة ان

تجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فخر الى الجاهز كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب يورث على الأذن بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع بدينه بالأجاعة وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (بيع للغرماء

قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا يجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد كتابة وفيه وجه آخر فندبر

حاصلا لانقوبت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستملاك لانه نوع جنائى واستملاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستملاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد تجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظرا لانه لا يحسم مادة الاشكال ان السائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحرج على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذا ثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونهم مملوكا لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحرج بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بقديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بقديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بقديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يصور اذا كان المولى حاضرا ابتداء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التنبأ فى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تلك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان انحصر فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الاشارة اليه فى قول المصنف الآن بقديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيبها داخل تحته واذا كان داخله لا تحته كان ملتزما فلم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذا لا يوجب دفع الضرر عن الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن بقديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يبيع ويبيع كسبه فى دينه بالايجاع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن له لا يمكن لانقوبت مال قد كان له وذلك فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستملاك لانه نوع جنائى واستملاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستملاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد تجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظرا لانه لا يحسم مادة الاشكال ان السائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحرج على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذا ثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونهم مملوكا لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحرج بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بقديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بقديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بقديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يصور اذا كان المولى حاضرا ابتداء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التنبأ فى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تلك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان انحصر فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الاشارة اليه فى قول المصنف الآن بقديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيبها داخل تحته واذا كان داخله لا تحته كان ملتزما فلم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذا لا يوجب دفع الضرر عن الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله - ما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ - وبانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم العاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرض المولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء به لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جارا للمافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قليل وليس بواضح وذلك لانه لاتنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل ترك الدين دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كاذ كوفي الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفتوته وتلا كفي في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٤) كانه اشترى الدين التي على العبد

بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شرا بغير وهو نادر وتحقيقه أنهم الوالم تكن مساوية لا اختار أداء الدين دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهم - ما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المدينون عندهما كما سيجي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء مطل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاتنافي تعلقه بالرقبة في تعلقه به ما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء بقضاء خلق الغرماء وابقاء المقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناه كالمبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمنان الغصوب والودائع والأمانات اذا جحدتها وما يجب من العقر بوطء المسترأة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شئ منهم ما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأته تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهم ما مدخل للمحالة فبالحل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته - وما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لاتنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضر الا ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الجبر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه جبر عليه أجيب بأن ذلك ليس بجبر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء ومحجور غير متصور وهو كانه المستغرق بالدين في جواز أن يبعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعتد بحجركم محجورين عن بيعه اقبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

(قوله قيل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهم ما الخ) أقول وقوله الاول اراد به ما تقدم بثلاثة أسطر تخميننا وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض اراد به ما تقدم بثلاثة أسطر تخميننا وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني اراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالخصص) ان باع التاجر العبد بدينه ثم ثمنه بين الغرماء بالخصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايقاق حقوق الغرماء (فان بقي عليه شيء

من دينه) أي ديون العبد (طوبى به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يتبع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل حقوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له

الكافي دليلنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبته العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تجرير صاحب العناية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد يظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى فلا نسب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذ اظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كافي دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا أصل الأولي أن يكون قول المصنف وهذا إشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لفرق الشافعي ولو كفي في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المازبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله في تعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا إشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالخصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلقها بالتركة فان فضل شيء من دينه طوبى به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد بدينه ثمنه بين الغرماء بالخصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايقاق حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من دينه أي ديون العبد طوبى به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من دينه بطريق الشرطية سيما مع أداة التقرير بيع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء عين بقاء شيء من دينه عليه فيما عني الشرطية وكان حق التجار أن يقول فما بقي عليه شيء من دينه طوبى به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضله شيء من دينه طوبى به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكره مجرّد تقسيم ثمنه بينهم بالخصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين لحصول

من دينه) أي ديون العبد (طوبى به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يتبع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل حقوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له

شرط الخلو له) وهو خلو ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(أقول)

(قوله ولا يسبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا بيبعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعينه التعلق بكسبه أيضا

(والأولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كراثها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد مالزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقباس أن لا يأخذ أصلاً وأن أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن قيل للسلامة المقر رقبه للمولى لا في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء ببقائه على الأذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فإلا أخذها رداً على الغرماء لتقدم حقتهم فيها ثم أذن المولى لعبده ما أن يكون شائعاً ولا فإن كان الأول لم ينحجر بحجبه حتى يظهر الخجل ولا كثيراً أهل سوقه لئلا يضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقتهم إلى ما بعد العتق لمسلم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبدان اكتسب شيئاً أخذ المولى وأن لحقه دين أقام البيضة أنه كان قد سخر عليه فيما أخر حقه وقهم إلى ما بعد العتق وهو موعود وقده بآدمه على رجاء ذلك أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على أنه أن يعلم بالخجل لأنه يضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (١٤٥)

به فكان كالو كمل إذا لم يعلم بالعزل ولو سخر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك وما به من جائزة وإن باع به الذي علم ينحجره لأن الأذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذلك بقاء ولو سخر في بيته ببعض من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر بشيوع الخجل واشتاراه في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل دفعا للخرج كافي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وإن كان الثاني بأن يعلم بالأذن إلا العبد ثم سخر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولومات المولى أو جن أو خلق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه سخر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد على الغرماء لعدم الضرورة فتح أو تقدم حقتهم قال (فإن سخر عليه لم ينحجر حتى يظهر خجله بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لضرر الناس به لتأخر حقتهم إلى ما بعد العتق لمسلم يتعلق برقبته وكسبه وقد باعوه على رجاء ذلك واشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو سخر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو باعوه جاز وإن باع به الذي علم لم ينحجره ولو سخر عليه في بيته ببعض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر بشيوع الخجل واشتاراه في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل كافي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ما ذنوا إلى أن يعلم بالخجل كالو كمل إلى أن يعلم بالعزل وهذا لأنه يضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع في الخجل إذا كان الأذن شائعاً أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم سخر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه قال (ولومات المولى أو جن أو خلق بدار الحرب) مراد أصار المأذون محجوراً عليه) لأن الأذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى له وإما حكم الابتداء هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الأذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا بالانحلال لأنه موت حكم حتى يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي يبقى مأذوناً لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن فكذلك لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فإن التشبيه بكسبه غير منزه عن إشكال يكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لخبرائه في صورتين معاً لا تفرق كيف ولو كان شخصاً بصورة قبول الهبة لقبيلته المسئلة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بالأذن كدليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يهده مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكلمه سابع) إذا لم يكن لازماً كان له وإما حكم ابتداءه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالأذن وعلى هذا إذا مات المولى أو جن جنوناً مطابقاً وقد تقدم في الو كالة تعريفه أو خلق بدار الحرب انحجر المأذون لا انتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً لأن للحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذوناً لأن الأبق لا ينافي ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الأبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً فلا ينافي بقاء أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بيضة أو يكون الغاصب مقراً صريحاً وكونه مغصوباً لا ينافي الأذن فكذلك كونه أبقاً (ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أنه أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد مالزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ قال المصنف (وإن باع به الذي علم ينحجره) أقول لفظة أن الوصول (قوله وصار كالغصب) أقول المولى لو أذن لعبده المغصوب (أقول الأولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الأذن على ما كان إذا خلا في صحة الأذن بعد الأبق حتى يحتاج إلى دليل

ولم يتحقق ذلك من الآتي فلا يكون راضياً به وإنما لم يكن مانعاً في الابتداء لانا نجعله جراً دلالة (ولامعتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عادم الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستلاد المأذون لها جبر عليها) اذ لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بجبر اعتباراً بالابتداء) فان المولى لو اذن لأم ولده حاز فكذا اذا استولد جابعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله جبرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر أن الانسان يحصل أم ولده ولا يرضى بخروجه واخضاعه لاطها بالاناس في المعاملة والتجارة فيكون جراً دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمته ان ركبتا ديون لا تلافه محمداً لانعلق به حق الغرماء اذ به يتنعج البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدان الامه المأذون لها كنه من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها ديون

بمخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا وادت المأذون لها من مولاها فذلك جبر عليها) خلافاً لفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصل منه بعد الولادة فيكون دلالة الجبر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتا ديون) لا تلافه محمداً لانعلق به حق الغرماء اذ به يتنعج البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدان الامه المأذون لها كنه من قيمتها فديرتها المولى فهي مأذون لها على حالها) لان عدم دلالة الجبر اذا العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكمها ايضاً والمولى ضامن لقيمتها المأذون له في أم الولد قال (واذا جبر على المأذون له فاقاره جائز فبما في يده من المال عند أي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد ورجحهم ما لا يجوز اقراره لهم ما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقه ذال بالجبر وان كان اليد فالجبر أبطله لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت جبره بالبيع من غيره وله ان لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الا بقى محجوراً في البقاء أيضاً اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الجبر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعاً انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لامتنع فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهم ما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقه ذال بالجبر وان كان اليد فالجبر أبطله لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودعيه المبسوط بقوله عبد استودع رجلاً ودعيه ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الودعيه تاجراً كان العبد أو محجوراً عليه فلم يكن ليد المحجور اعتباراً لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب سببت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للبدن حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فلك الجبر لا يؤثر في الجبر عليه قال (واذا جبر على المأذون له فاقاره جائز) اذا جبر على العبد المأذون له فاقره بما في يده من المال لغيره مولا فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضموناً كالديون والغصب فبين أن المراد به التهميم وقدم الامانة لذلك فيقتضي بما في يده للقرلة (وقال أبو يوسف ومحمد ورجحهم الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لا قراره اما الاذن أو اليد ولا شيء منهم مباح وجوده الجبر أما الاذن فلزواله

بالجبر وأما اليد فلأن الجبر أبطله لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً وردباً بالانسان أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودعيه ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودعيه كسب الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الودعيه كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لان ابطال الجبر يده سائل متفق عليه فان المولى اذا اتزاع ما يده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الجبر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر حتى لا يتابع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لا قراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول بخالف لما سبق في المضاربة

الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكم الان شرط بطلانها بالبحر حكمها فراغها عن حاجته واقراره دليل صحة قولها وإقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقاً وعند صحة والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حين النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقة دليل صحة هذا لا لحال المقرر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل صحة قولها لم يصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلا لأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وحكما فلا لأن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلاً وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهد به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهراً وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث بركة رضى الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم الملك لأنه ثبت للعبد بحكم الملك فان كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان ذلك هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلاً هي ان عدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالبحر حكمها فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكمها فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصماً فيما باعته قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فعلم بهذا أن ليداه اعتباراً وان كان محجوراً والدليل على هذا ما ذكره الامام الاسترغيني في ودعيته أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون مولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعيته الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعيه كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فالله المولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب ليسن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يسمي ولا يغني عن جوع فان تأويل تلك المسئلة إنما ذكر مع كونه مما ياباه قطعاً ما ذكره الامام الاسترغيني في ودعيته أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعاً في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعيه التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلمة وما لم يكن فيها كلمة لا يثبت مدعى الامام في مسئلته فلا يلزم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلته فانه هذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما ههنا لاننا نقول هذا القدر من الكلية أيضاً غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلته فانه اقراره بعد الخبر بأن ما في يده أمانة لغیره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذن ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضاً اقراره بعد الخبر بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضاً اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين الغصب متغيراً بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك الغصب منه كما سيحى في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبرتهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم الملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضاً هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فما نحن فيه أيضاً وهو ما اذا جبر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان ذلك هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلاً هي ان عدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصماً) توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باع شيئاً قبل البيع لم يكن خصماً فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبدله لكان خصماً لصدور المباشرة عنه حقيقة

قال (واذا الزمته ديون) اذا الزمته ديون فلا يحتلوا اما ان تحيط بماله ورقبته ولا تحيط بشئ من ذلك أو احاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا
 أذن للعبد فاشتري عبدًا يساوي ألفًا والمأذون أيضا يساوي ألفًا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
 يكون عليه ألف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعنتى عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال مالك ما في يده
 ويعتق وعليه قيمته لان سب الملك في كسبه وعوملا الرقبة قد وجدت) فان ملك الأصل عا لم يملك الفرع (ولهذا اعانها) يعني الرقبة
 (ووطء الامة) المأذون لها وهذا (أي المذ كوي من ملك لا اعتاق وحل الوطء) آية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على
 الكمال فملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانه يمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقت
 الدين فانه يمنع اعتاق الوارث (٣٤٨) اجاب بقوله (يختلف الوارث لانه يثبت الملك له نظر المورث) بايصال ماله الى اقرب الناس

اليه ولهذا يقدم الاقرب
 فالأقرب ولا نظر للمورث في
 ذلك عند احاطة الدين بتركته
 (بل النظر في ضده) أي في ضد
 ثبوت الملك للوارث وهو
 قضاء الدين لانه فرض عليه
 والميراث ماله واذا كان
 سبب الملك النظر وقد فات
 فات الملك ولاعتق في غير
 الملك (أمام المولى فما
 ثبت نظرا للعبد) ايراعى
 ذلك بعدم العتق حتى
 تقضى ديونه (واذا نفذ العتق
 عندهما يضمن قيمته
 للغرماء لتعلق حقهم به
 ولا يبي حنيفة رحمه الله أن
 ملك المولى انما يثبت خلافة
 عن العبد عند فراغه عن
 حاجته كملك الوارث على
 ما قررناه) يعني في مسألة
 تعلق الدين بكسبه (والمال
 الذي احاط به الدين مشغول
 به فلا يخلفه فيه) يعني
 كما أن الدين المحيط بالتركة
 يمنع ملك الوارث في الرقبة

قال (واذا الزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعنتى من كسبه عبد لم يعتق
 عند أبي حنيفة وقال مالك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك
 رقبته ولهذا اعانها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كمال بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له
 نظر المورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته أمام المولى فثبت نظرا للعبد وله أن ملك
 المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
 مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالتعق فريضة واذا نفذ عندهما يضمن قيمته
 للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا) أما عندنا
 فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قتله فلو جعل مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما حو
 المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق عنه

يكون قوله المذ كور لغو من الكلام ولا ينبغي ذلك للمثل المصنف والوجه عندى أن يكون مراده
 بما ثبت بحكم الملك في قوله المذ كور يده الحكيمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة بشرط
 بط لانه بالجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يسبق
 ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكيمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكاما لم يفرغ
 عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة ما قبل المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله واذا
 زمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية اذا الزمته ديون فلا يحتلوا اما أن تحيط بماله ورقبته
 أو لا تحيط بشئ من ذلك أو احاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشتري عبدًا يساوي
 ألفًا والمأذون أيضا يساوي ألفًا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
 يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بماضرة اذهنا احتمال
 قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقررت فيما مر أنه
 يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفي من رقبته فعلم منه أن تعلق
 الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي
 هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا الزمته ديون ولهذا لم
 يلتفت الى قسم آخر هو احتمال على محض لا يتحقق له في الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله
 جاز عتقه في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم

فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلاف في الموضوعين لانعدام أعلية الملك في المال فالت
 ليس بأصل للمالكية كذا رقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينفيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك
 حكمه اتمام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عند عرف العتق وعدمه لكونه فرع) فمن قال
 بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان
 كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك
 الوارث والمستغرق عنه (وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز
 (قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه منهم في حق مولاه) يحله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمته فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٩٤ ع ٣) بحكم قوله المتصل به وهو قوله وبخلاف

ما اذا باع الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحابة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وببيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحابة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتفسير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمته فيه جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة لانه اذا اكتفى بذلك قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الدين بكسبه مقدم على تعلقه برقبته واذا لم تحيط الدين بماله يتعين عدم احاطته برقبته فلم يحتاج الى ذكر الثاني بعد ذلك الاول وما وقع في عامة الكتب من قبيل التصريح بما علم التزام المجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المتنفه هنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بل بقوله واذا الزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبد لم يعتق عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اهـ وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في بيوع الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الاول ألف درهم ديناه فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا اهـ (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لانه ثبت مذهبه في القسم الثاني في الذي ذكر في الكتاب أولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حصل ذلك الدليل أن ماله المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلطه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز عتاقه ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز عتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شيء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اهـ وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ان قد مر في المسئلة الاولى أنهم ما قالوا

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه

الح) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي الخ يعني أن مسئلة القدوري ما تنبسط بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول يفهم منه جواز بيعه لاجنبي بمثل قيمته دلالة كالاجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبي بالمحابة فينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا فأجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحابة (قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعالى بعينه أى عين مال الميت حتى كان لا يحددهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فمعلق بالمالية لا غير فافتقر فأى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكروا له وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال الحباية بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهما هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بائنة بدون البيع فلا أن يكون له ذلك بالبيع أولى فنصار العبد في تصرفه مع مولاه كما يرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أى حنيفة ومذهب صاحبها اعتراض بين الحكم والدليل ايمان تساوى الحباية (٥٠ هـ) باليسير والكثير فان على مذهب أى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعالى بعينه حتى كان لا يحددهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فمعلق بالمالية لا غير فافتقر فأى أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال الحباية وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من الحباية والقاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وجه هذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالحباية اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة الحباية والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهم ما مترددين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبي بالكثير من الحباية حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤمر بإزالة الحباية لان الحباية لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرته بنفسه غير أن ازالة الحباية لحق الغرماء وهذا الفرقان على أصلهما

يسيرا وكثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن بخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (دفع الضرر عن الغرماء وجه هذا يدفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الأجنبي بالحباية اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة الحباية والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهم) أى من المولى والأجنبي مترددين التبرع والبيع أما التبرع فلخلاف البيع عن الثمن في قدر الحباية وأما البيع ف(لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته ولهذا أعتق من كسبه عدا يعق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليست أم في التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبمخلاف اهـ ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس يصحح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اهـ (أقول) بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس يصحح فانه معطوف حينئذ على قوله وبمخلاف ما اذا باع الأجنبي عنده أى حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسائلتان أعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملائمتان بخلاف ما اذا باع الأجنبي وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق ألف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملائمة بخلاف ما اذا باع الأجنبي والمسئلة الاولى ملائمة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلا المسائلتين ملائمتان بكل الخلافين فاذن

من الأجنبي بالكثير من الحباية حيث لا يجوز عندهما أصلا لان الحباية من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما يتحقق الا باذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بإزالة الحباية وهذا الفرقان (بلفظ التثنية وفي بعض النسخ وهذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه منثنى النسخ المحصنة والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي في حق الحباية اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالة الحباية والأجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من الحباية وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام

(قوله فافتقر فأى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال (وان باعه المولى شيئا) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر بدليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلوفرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب حقه على عبده حتى لو أنلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجب حقه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئا أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديننا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب حقه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله و جاز أن يكون (٣٥١) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين)

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديناً اذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التمسك لم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده مالم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة الحماية ونقض البيع كما ينسأ في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

قال (وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما ينسأ ولا تهمه في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد مالم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلوربى بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب حقه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين و جاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء و جاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة الحماية أو بنقض البيع) كما ينسأ في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمة الغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لم يزل المولى الا بقدر ما أنلف ضمنا فبقى الباقي عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المأذون وأم الولد المأذون اهـ وما وقدر كتبها ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبته ما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجر من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجر وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطالع على ما ذكرناه أو لامن التوجيه الوجهية الآن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختار صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كسب أبى نفع له وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا عاذ كرفي جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو وجود الوديعة أو أنلف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أن يضمن مقدار ما أنلفه (فبقى الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المأذون) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

السابق ويجوز أن يكون بدون الزاوية يتعلق بحكم قوله المنصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي
 أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت الحيازة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة ويسع المريض
 من وارثته لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأيد
 اه كلامه وزد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه قلت ذلك الوجه من
 حيث التقيد بالتقريب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي جواز الحيازة بمثل
 مطلقاً ولا يريد بيع المريض من وارثته بمثل القيمة أشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس
 هذا أيضاً وارداً لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي جواز الحيازة معه مطلقاً كذلك يفهم
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول منه هو بالعبارة والثاني منه هو بالدلالة لأنه إذا جازت الحيازة
 معه فلا ن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
 ما إذا حالي الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت الحيازة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
 القيمة فإذا اتجهت المناظرة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما يتعلق بحق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقيمة الورثة يتعلق بعينه يعني أنه
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
 منه بالحيازة وقد سلك ههنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل
 قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المنصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا و لأنه أول
 مسألة موروثة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جازوا نعماً أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
 بيع المريض من الأجنبي بالحيازة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولاً
 فلا ن قوله لأنه أول مسألة موروثة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي لأنه
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جاز كلام حال عن التحصيل لأن مسألة
 الكتاب ههنا اثنتان أولاً ما قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز وأخراً ما قوله وإن باعه
 بنقصان لم يجوز فكأن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي لدفع توهم
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة الحيازة المأذون مع الأجنبي وكأن قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئاً
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثته بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن أولى
 من المسئلتين المزبورتين مسألة الكتاب أي مختصر القدرى دون الأخرى منه ما ليس بصحيح إذ كلاهما
 مسئلتان منذ كورتان معاً في مختصر القدرى وإن أراد بذلك أنه ما وإن كانتا معاً مسألتين الكتاب إلا
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حالي الأجنبي
 فإنه لبيان الفرق وليس بصحيح أيضاً لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق قصداً أحدهما
 يستلزم قصداً الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا و كما لا يخفى على الفطن فلا يشك
 مدعاه وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتى الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا
 حالي الأجنبي متعلق بأخراًهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقررت في علم الأدب أن الواو
 ملحق بالجمع لا ترتيب فيها فدخلوا لايقتضى التأخر لافي الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إثبات الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء واندين حال (وان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان حقهم يتعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم) وقد اتلفاء أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بعجز البيع والشراء لانهم حال لا يضمنان بعجزهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بعجز البيع والشراء (وان شاءوا أجاز والبيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فليهم الاجازة لان الاجازة لا دقة

كلاذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن غمناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي ديونهم - ووصى المولى فليس لهم تضمين البائع على ماسيجيء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منه أجاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه ألتف عليهم محل حقهم وهو المالمية وهذه فوائد القصور المذكورة وقوله (كافي المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة الانتهاء كالأذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذارده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الأولى وهو ظاهر ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري) لان العبد يتعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخيرون فى التضمين (وان شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالأذن السابق كفى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى ببيع للمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالخاص اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلا وأما ما قبله من قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتمام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فمعنى قوله من قبل ينبغي أن يأتى بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شئ وان لم يكن الواو للعطف فن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجملة متعلقات بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لا حدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيعلق بالمالمية لا غير فافتقر أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكرك قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خلافا آخر فله قال فى تفسير قول المصنف فافتقر أى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري) قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكتف بعجز البيع والشراء لانهم لا يضمنان بعجزهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بعجز البيع والشراء اه (أقول) لاقائل أن يقول فاذن ينبغى أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابق) العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كلوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافتقر

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا فى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الحنفية السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوعى

قال (ولو كان المولى باعاً من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعته مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بميب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب الأزم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستعانة والاستيفاء من رقبته) بدو كلمة عند رقة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالأول) يعني الاستعانة (ثام مؤخر والثاني ناقص) أن لم يف يدونهم (مبجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فأيذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه ولو وصل حقهم اليهم) قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

(٣٥٤)

قال (ولو كان المولى باعاً من رجل وأعلمه بالدين فالغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستعانة والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام ومؤخر والثاني ناقص مبجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه ولو وصل حقهم اليهم

نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن يدونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستعانة في الدين وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بنائده قوله ولا محاباة في البيع فانهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي يدونهم بمبدل قوله والثاني ناقص مبجل فانه انما يكون ناقصاً إذا لم يف بالدين فان قيل إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فبال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فإذا عذر عليه بالبيع طوبى به لبقائه الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكهالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن يقوم الدليل على خلافه

في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولا التغيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع يستعصون العبد أو يبيعهونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجي في المسئلة الثانية فان قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له اذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بيعه وقد تقرر عندهم ومما مر أن الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العتابة قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستعانة وقد فاتهم بالبيع وحق الغرماء منهصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلته هذه أصلاً لأن وضعه فيما إذا كان عن العبد أقل من قيمته وأما إذا كان عنده أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا ثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذلك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعدد كرم المسئلة وبيان أنه لفظ محمدي في الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فإذا كانت مسئلته هذه فيما إذا كان عن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منه انقصه وقصر وعدى فوجب عليه الضمان قطعاً ثم أقول في الجواب المذكور نظر لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تقويته حق الاستعانة للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستعصوا العبد في جميع ديونه لهم لاني مقدار قيمته فقط وقد فاتهم بالبيع والتغيب حق الاستعانة بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فوته وهو جميع ما يمكن استيفاءه بالاستعانة من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليه ضمان مقدار قيمة العبد لا غير قد بر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه ولو وصل حقهم اليهم) قال صاحب

النهاية

بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكهالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فان قيل كيف يدفع به هذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لأن الرضا لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخليه بينهم وبينه فليستأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالة لا تخفى عن خفاء

قال (فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خالفه وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لا يوجب أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصم الكل من ينازعه وله ما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بها فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذا كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بئس لا يفي بدينهم كما هو المذکور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذوق في الجامع الصغير لقاضيان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة وليكن الثمن كان لا يفي بدينهم كان لهم أن يردوا والبيع لقوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من دينهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفي الثمن بدينهم وان لم يكن في البيع محاباة فبقي لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الدين اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيستند بباب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخليه بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حيثئذ بيان الانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضيان في جامع بقوله وتأويله اذا باع بئس لا يفي بدينهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم دينهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدينهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الذرية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم في الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بدينهم فبقي لهم ولاية الرد والاستسعاء في الدين وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولاً في الجواب المذکور نظراً آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليل له بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدينهم لم يصل اليهم حقهم بالتام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفسد شيئاً في نفق ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حيثئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أورد صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة في البيع حيثئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فتتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتم في ذلك العذر فافتراضاً ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بدينهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يفي بالدين اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولاً فلا نفو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يفي بدينهم لذهب فائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذا لاشك أن الثمن اذا كان يفي بدينهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل الا يبق لهم حيثئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستسعاء من رقبته فلا تنصو وفائدة في الرد لا يثبت لهم الخيرة وأما ثانياً فلا ن معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدينهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

(فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا أقرب بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه فيما في يده (ولهما أنه لو جعل خصماً لا دعوى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بها فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خالفه وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسألة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فاختاره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصرا) وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذا الظاهر أن المحجور يجري على موجب جبره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس (الأنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون يبيع في الدين) لانه ظرر الدين في حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالأصل

أن تتقي المحابة في البيع ولا يبي الثمن بدينهم وجواز أن يبي الثمن بدينهم -م- ولا تتقي المحابة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محابة في البيع أن الثمن يبي بدينهم -م- لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز أو الكناية لعدم العلاقة المحضة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا) قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فاذكره في الكتاب اه واقفي أثر صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا الحل على هذا الموال لا يخلو عن الاختلال فان قوله ما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في أحد شي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار في قوله ما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الاخبار الحقيقي والحكمي وادعاء أن في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى هي تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذلك لكل واحد منهما وجه قياس وجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الابحثة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاموا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلى فان الاذن لا بد منه لجهة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والأصل أن ماضاق على الناس أمره اتسع حكمه وماعت بليتة سقطت قضيتة وثانيه ما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على صلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلى الى هنا كلامه واقفي أثر صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزياي في شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاد دينهم -م- الآن يفدى المولى دينهم -م- وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الارار والعبيد في التجارة فلولا يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الأنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعه أنه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان يبعها ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للسدبر وأم الزاد وطقه -م- الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في المالك بعد فراغه

عن حاجة العبد (فان حضر مولاه) قال هو مأذون له يبيع في الدين الظهور في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتراف والكتابة ولا يقبل قوله عند جود المولى الابينة

فصل لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا انه قدّم الاول لكثرة وقوعه ولكونه همه ما عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بشئ عدون نوع وصيرورته ما دونها بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حيزه لحياته نفسه وشو باقي بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعازل لا محالة بخلاف حيز الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راحيا بتصرفه حينئذ ولا نه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والتجّر عليه والمولى عليه لا يكون والي المأذون لان كونه مولى عليه لا يوجب كونه والي المأذون منه وان اذن له الولي بخلاف العموم النقل والصلاة النافذة لانهم لا يبقا امان بالولي في ضمان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كتحتم ما اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه

فصل (واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حيزه لصباه فيبقى ببقائه ولا نه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه وعلل حيزه فلا يكون والي المأذون وصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقيم بالولي وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيمتد ولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصواب سبب التجّر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرنا الى اذن الولي

المبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أنه لا يقبل قوله في الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيمالتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ في التجارة لانه لا يضيق الامر على الناس فليتنامل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا اذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذونان كما ذكر في النهاية وغيرها اه

فصل لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعنوه وقدّم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهم مامن أصول أسباب التجارات الا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية أيضا مع ظهوره في عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعترف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصواب سبب التجّر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرنا الى اذن الولي)

التصرف فكذا من اذن له ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به قصد وره مامن الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك (قوله والصواب سبب التجّر) جواب عن قوله لان حيزه لصباه وتقريره أن الانسلا من حيز الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة فنصار كالعبد في كون حيزه لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا في أمور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كالو اذن للعبد المولى

فصل واذا اذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم اذول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرّة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعناق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقرر به أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فإن
الصواب من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وولاية وبمباشرة
نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فإن حال الصبي محتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأما بقائه
ولاية الولي لستادرك ذلك (٣٥٨) وقوله (بمخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بمخلاف الطلاق والعناق
لأنه صار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الأذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضر فيجعل أهله بعد الأذن لا قبله لكن قبل الأذن يكون موقوفة منه على إجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا وجهه التصرف في نفسه وذ كر الولي في الكتاب ينظم الأب والجد عند عدمه
والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كرون
البيع سأل الملك جالب المريخ

هذا جواب عن قول الشافعي لأن حجره لصباه فيبقى بقاءه تقرر به أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية
الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير
لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة إذ لو لم يكن هاديا فمما أذن له الولي فينفذ تصرفه
كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يراد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر
كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير إذن الولي
لحصول العلم اذ ذلك أيضا زال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من
الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما
فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب
العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقرر به أن بقاء
ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فإن الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وولاية وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب
اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فإن حال الصبي محتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأما بقائه ولاية الولي
لستادرك ذلك اه كلامه (أقول) في تقرر به شيء أما أولا فلا أن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض غير مسلم لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضر فإن تصرفه الذي هو نافع محض
كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا ينفذ
بإذن الولي أيضا وإنما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع
والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض قالوا وجه أن يقال بدل قوله
المدكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانيا فلا أن مقتضى تقرر به المزبور أن يكون قول
المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقرر به
وليس كذلك فإنه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ودخل معه في حيز قوله لنظر الصبي
اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجملة مقابله ثم اعلم أن قول
المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولأنه مولى عليه
الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا لالتصريف بإذن وليه لكن
ينبغي أن لا يفتى في نفسه ولنا في التصرف في ماله فصاحب الثمانية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

وحاصل ذلك أن تصرفات
الصبي على ثلاثة أقسام
نافع محض وضار محض
ومترد بينهما فالاول كقبول
الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الأذن وبعده والثاني
كالطلاق والعناق لا يؤهل
أصلا والثالث كالبيع
والشراء يؤهل له بعد الأذن
لأن نقصان رأيه بخبر رأى
الولي لا قبله لكن قبل الأذن
يكون موقوفة على إجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا
فانه أحد المحتملين وجهه
التصرف في نفسه لصدوره
من أهله في محله فان قيل
إذا باع شيئا بأضعاف قيمته
كان نافعا محضا كقبول
الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
وأجيب بأن المعتمد في ذلك
هو الوضع لا الجزئيات الواقعة
اتفاقا وذكر الولي في الكتاب
ينظم الأب والجد عند
عدمه وليس المراد به الترتيب
لأن وصي الأب مقدم على
الجد وترتيب وليه وهو الأب
ثم وصي الأب ثم الجد الأب
ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه
ثم الوالي (بمخلاف صاحب
الشرط) يريد به أمير البلدة
كأمير بخارى فكان الوالي

أكبر منه لأن له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

(قوله وتقرر به أن بقاء ولايته) أقول وعندي أنه جواب عن ثانی دلیل الشافعي يمنع المناقاة بين كونه وليا وموليا علمه مستند بأن
كونه موليا علمه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للجزئية تأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله لنظره (قوله
ولا احتمال تبدل الحال) أقول معطوف على النظره

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذا لكن يرد عليه أن التعميم ليس يستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدينين بحيث يبيح له دون المولى وأجيب بان ذلك من انحصار المولى وعدم انحصار المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبى وبأن دين الصبي لا يمتنع من ان يتصرف فيه المولى ودين العبد (٣٥٩) يتعاقى بكسبه والمولى أجنبي

والتشبيه بالعبد المأذون له يثبت أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لان المأذون فك
انجر والمأذون يتصرف بأشياء نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع وبصير أو ذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوزونه في ظاهراً الرواية كما يصح اقرار العبد
اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليه ان ياد اختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه
بالعبد المأذون له يثبت أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أى في حق الصبي أراد به قوله فهو
في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) القائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد
المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا
عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون
التعميم ممنوعة جداً فليأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما يثبت في العبد
من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وعو أن المولى محجور عن التصرف في
مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والمولى ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون
وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته
من انجر وعدمه هو في انحصار المولى وعدم انحصار المولى في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم
في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد منه الاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره
في المبسوط وانما عليك الاب أو الوصى التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لان دين
الحر في ذمته لا يتعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف
كأجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقاً اه كلامه واقتنى أثره صاحب العناية في ذلك السؤال
ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه الثاني لا يصلح جواباً عن السؤال
المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحصار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه
دين يحيط بماله وعدم انحصار المولى عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله
وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف ان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي
المأذون بل يؤدي عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام
المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول)
ليس هذا أيضاً بديد أما أولاً فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت في العبد من الأحكام
يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد
تأكد بيانها بقوله من الأحكام فان الجمع المعروف باللام أيضاً من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن
شكاً معهود كما تقرر هذا أيضاً في علم الاصول وأما ثانياً فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلاً على
منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة
في انحصار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحصار المولى عن التصرف في مال الصبي ثم هل ذلك
الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلاً (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه)

منه اذا كان الدين مستغرقاً
(ويصح اقراره بعد الاذن بما
هو كسبه) عينا كان أو ديناً
لولىه ولغيره لا ذلك انجر
عنه فكان كالبالغين وأورد
بأن الولاية المتعدية فرع
الولاية القائمة والمولى لا يملك
الاقرار على مال الصبي
فكسبه أفاده ذلك بانه
والجواب أنه أفاده من حيث
كونه من نوابع التجارة
والولى يملك الاذن بالتجارة
وليها بعينها (وكذا يجوزونه في
ظاهراً الرواية) احتراز عن
رواية الحسن عن أبي حنيفة
رضي الله عنهم ما أنه لا يجوز
اقراره بذلك لان صحة اقراره
في كسبه لم حاجته في التجارة
الى ذلك لئلا يمنع الناس
عن معاملته في التجارة
وهي معدومة في الموروث
وجه الظاهر أن انجر لما
انفك عنه بالاذن التحق
بالبالغين وله انفذ أبو
حنيفة بعد الاذن تصرفه
بالغين الناحش كالبالغين
فكان الموروث والمكتسب
في صحة الاقرار سواء
لكنه مما مالية

(قوله الخ كذلك) أقول
يعنى تقدم ذكره (قوله

لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقلاً من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق
ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعنى يتعلق بكسبه أيضاً أى كما يتعلق بذمته لان ذمته
ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والافلات يظهر صلاحية للجواب (قوله
والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقاً لرقبته أيضاً وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها إلا أن الأذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بعتلة

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بعتلة الصبي يصير مأذوناً بأذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لأعلاء الأقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي بأذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومراجع الدراية بأن الولي إنما يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه لأن الأقرار قول من المرء على نفسه وما ثبت على الغير بقرينه فهو شهادة وأقرار الولي على الصبي غير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الأذن فهو وأقراره منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن أقصاره لا يصح تهرزون عن معاملته فإن من يعامله لا يتكهن من أن يشهد عليه شاهد من فلهمذا جازأقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان لمدة عدم صحة أقرار الولي على الصبي وصحة أقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الأيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وهما لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية يتنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال ببدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضاً غير مستقيم لأنه إن أراد أن الولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها فملك أيضاً بنفس التجارة وتوابعها التي من جملتها أقراره على مال الصبي فمنوع إذ لا شك أن أقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلاً فإني يملكه الولي وإن أراد أن الولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها أقرار الصبي على مال نفسه وإن لم يملك نفسه الأقرار عليه فسلم ولكن لا يجدي هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولي الأذن للصبي بالأقرار ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن يملك الصبي الأقرار على نفسه بأذن الولي ولاية متعدية من الولي إلى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الأقرار على الصبي بالإجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الأقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الأذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغواً من الكلام ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية إذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لأنه بل لعدم هذابته وأذن الولي إنما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لأنه يكتسب الولاية من أذنه إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرجحة بالحديث لم يؤثر في الصبي أصلاً لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الأذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الأذن فقط والأقرار لما كان من توابع التجارة دائرين النفع والضرر إذ من لا يتقبل أقراره يحترق الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الأذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الاشكال بالكلمة

كتاب الغصب

أراد الغصب بعد الأذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق أن أقرار

الصبي يصير مأذوناً بأذن الأب والجد والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالأبن للمعتوه والأخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعني قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظمهم الأب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) إذا بلغ معتوها فأما إذا بلغ عاقلاً ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البخاري رحمه الله لا يصح قياساً وهو قول أبي يوسف ويصح استحصانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

أراد الغصب بعد الأذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق أن أقرار المأذون لما يصح بديون التجارة دون غيرها يصح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني

كتاب الغصب

(قوله أراد الغصب إلى قوله ما لا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفذ تصرف الغاصب يكون بالأذن كنفذ تصرف المأذون الآن في الغصب بالأذن لاحق وفي المأذون

المأذون

بالأذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بأذنه والغاصب يتصرف فيه لا بأذنه

الغصب على سبيل الجهار والسرقه على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر
 لتعريف الغصب شريفة في الكتاب ثم أعلم أن صدر الشريعة قد تنبه لزوم زيادة القيد الثاني على هذا
 التعريف حيث قال في شرح الوفاية ثم لا بد أن يراد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج
 السرقه اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور
 على السرقه قلت نعم الآن في السرقه خصوصية بها كانت من جهة أسباب الحد فدخل مسائلها
 باعتبار تلك الخصوصية في الحد وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من
 الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدققة قصدى لخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على
 سبيل الخفية ولم يدرك أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية
 التي هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أن السرقه بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب
 الحد داخله في التعريف المذكور إذا لم يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها أمانة عن صدق تعريف الغصب عليه الوزيد على
 التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على
 سبيل الخفية كما تقر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق
 على ما كان على سبيل الخفية فإذا كانت السرقه بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب الحد داخله
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد للغصب في الشرع والالزام أن تكون
 السرقه بخصوصيتها غصباً شرعياً وليس كذلك لأجل القاطع بخالف حكمي السرقه والغصب
 في الشرع فلغاؤه وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء
 من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء
 من الفضولي ليس بغصب قطعاً وانما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو
 ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية في قوله ولم يدرك
 أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية ليس بصحيح لأن
 ما كان غير محرر كيف يتصور أخذ على سبيل الخفية فان عدم الاحتراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقه الحرز لا بد منه لان الاستمرار لا يتحقق
 بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم
 بغير إذن المالك بلاذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلاذن مالكة لان كون المأخوذ
 ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به
 في البدائع اه (أقول) وفيه أيضاً خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم مالك الله تعالى فيقول ملك
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعتة الى العباد وهذا كله مما تقر في أول كتاب الوقف فعلى
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلاً ولئن سلم تمام ذلك
 فكأن الموقوف مضموناً لا يقتضى كونه مغصراً بغصباً شرعياً فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدى والجناية ألا يرى أن زوائد المغصوب
 كزوائد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق إزالة المالك عنها بناء
 على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان ملكك

واستخدام العبد وجل الدابة غضب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغضب عندئذ لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من بلا
ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغضب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم (٣٤٣) والمغرم وان كان بدونه فالضمان

لانه حق العبد فلا
يتوقف على قصده ولا اثم
لان الخطأ موضوع قال
(ومن غضب شيأه مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعيدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولان المثل أعيدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يخصصون) وهذا (عند أبي حنيفة)
لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا درجل خطأ في بد
ماله يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغضب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغضب وضمان الاتلاف كما نوا عليه فن أن ثبت تحقق حقيقة الغضب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغضب فبحاجة الى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غضبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجل
أنبت يد التصرف عليه ومن ضرر ورائه ازالة يد المالك عنه فتحقق الغضب بخلاف الجلوس على البساط
لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك
فلم يتحقق الغضب كذا قالوا قال ابن العزوف كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل علم اوحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى
بنفسه الى واحد والى آخر يحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع
لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف الفعل فيمتد الى اثنين بنفسه فتقول
حملت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل
الضعف للتعدي اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا وليكن يمكن توجيحه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتقارا
بمواطبة حيث قال والاصل أن يقال بالمواطبة عليها أي على العبادة الا أنه تزعم الخافض وعدى المصدر
بالاصال اه وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعديدية المواطبة بنفسها انظر
والصواب بالمواطبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبع فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب. وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغضب مطلقا هو
القيمة و رد العين مخاض كما سيحيى ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعيدل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا ومالية
الخنطة المؤداة مثلا مالية الخنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غضبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال
(ومن غضب شيأه مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعيدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولان المثل أعيدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يخصصون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا درجل خطأ في بد
ماله يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغضب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغضب وضمان الاتلاف كما نوا عليه فن أن ثبت تحقق حقيقة الغضب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغضب فبحاجة الى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غضبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجل
أنبت يد التصرف عليه ومن ضرر ورائه ازالة يد المالك عنه فتحقق الغضب بخلاف الجلوس على البساط
لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك
فلم يتحقق الغضب كذا قالوا قال ابن العزوف كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل علم اوحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى
بنفسه الى واحد والى آخر يحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع
لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف الفعل فيمتد الى اثنين بنفسه فتقول
حملت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل
الضعف للتعدي اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا وليكن يمكن توجيحه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتقارا
بمواطبة حيث قال والاصل أن يقال بالمواطبة عليها أي على العبادة الا أنه تزعم الخافض وعدى المصدر
بالاصال اه وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعديدية المواطبة بنفسها انظر
والصواب بالمواطبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبع فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب. وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغضب مطلقا هو
القيمة و رد العين مخاض كما سيحيى ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعيدل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا ومالية
الخنطة المؤداة مثلا مالية الخنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رجه الله

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن مثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في
الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات فمن الجيد مثله لا يردى رعاية للمأثلة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف أنه لما انقطع الحق بما المثل له فتعتبر
قيمة يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

وقال أبو يوسف رحمه الله
يوم الغصب وقال محمد
رحمه الله يوم الانقطاع لابي
يوسف أنه لما انقطع الحق
بما المثل له فتعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب

قال المصنف (وقال أبو
يوسف يوم الغصب) أقول
وفي شرح الوقاية لصدر
الشرعية مذهب أبي
يوسف أعدل لأنه لم يبق
شيء من نوعه في يوم
الخصومة والقيمة تعتبر
بكثرة الرغبات وقتها وفي
المعدوم هذا معذور
أو متمسر ويوم الانقطاع
لا ضبط له وأيضاً لم ينتقل
إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم
يوجد من المالك طلب
وأيضاً عند وجود المثل لم
ينتقل وعند عدمه لا قيمة له
انتهى ويمكن أن يجاب عنه
بما ذكر في النهاية حيث قال
وحد الانقطاع ما ذكره
أبو بكر النجدي هو أن
لا يوجد في السوق الذي
يباع فيه وان كان يوجد في
السيوت وعلى هذا انقطاع
الدرهم انتهى

أظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجوده ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود
سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحق في الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده
والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه ان أراد بكون الجوده ساقطة العبرة في الاموال
الربوية أنه لا تفاوت بين جوده وأوردية في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف
ظاهر جداً وان أراد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجوده والرداءة عند أهل
الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء فهو مسلم كلام فيه لكن لا يندفع به
السؤال المتجه على قول المصنف ههنا ما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب
المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده والرداءة وذلك يقتضى التفاوت بينهما
في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجوده
والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتباراً لتفاوتها في ذلك لما
تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل توقف قوله لابي يوسف أنه لما
انقطع الحق بما المثل له فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت
لم قدم قول أبي يوسف في التمهيل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما
أن يكون المخترق قوله لفوق دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المصنوب دخل في ضمان
الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتباراً للقيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال
الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب
ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت الا بتقديم قول أبي يوسف
ثم يقول محمد ثم يقول أبي حنيفة رحمه الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال
في معراج الدراية أيضاً وكذا ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل (أقول)
كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا نأ ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي
يوسف لان المصنوب المثل انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان
القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد في أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت
الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليسه ولو سلم قوة دليله فهي تقتضى تأخير دليله اذ من عادة
المصنف المستمرة أن يؤخر القوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن
المقدم وان كان يقدم القوى في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ
في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا نأ ثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني
مما لا يتعاقب به نظرفقهي أصلاً فتغير المصنف أسلوبه المقرر بحج ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه
الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الاقوال القوية فالقوى عند
ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر لتقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما شهد
به اتانامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء
من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المعدوم هذا معذور أو متمسر ويوم
الانقطاع لا ضبط له وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند
وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام
صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمجد الخ) كلامه فيه واضح
 قيل انما قدم قول أبي يوسف
 لثبت الاقوال بحسب ترتيب
 الزمان على تلك الاقوال فان
 أول الاوقات يوم الغصب ثم
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
 وابراد الاقوال على هذه
 الأئمة لم يأت الا بتقديم
 قول أبي يوسف وان كان
 الثاني فعليه قيمة يوم غصبه
 قال المصنف رحمه الله
 (معناه) أي معنى قوله
 لا مثل له (العدديات المتفاوتة)
 وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه
 لان الذي لا مثل له على
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك
 كالعدديات المتفاوتة مثل
 الدواب والطياب وانما وجب
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في
 الجنس فيراعى في المالمية
 وحدها دفعا للضرر بتدبر
 الامكان
 قال المصنف (لانه مطالب
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول
 فيه بحث فانه مطالب بالعين
 اذا كانت قائمة على القول
 الأقوى (قوله لان الذي
 لا مثل له على الحقيقة هو
 الله تعالى) أقول اذا اجسام
 متمثلة لتجانس الجواهر
 الفردية والمجردات غير بابتة
 (قوله وذلك كالعدديات الخ)
 أقول أشار بقوله ذلك الى
 الشيء في قوله أن معناه
 الشيء الذي الخ

ولمجد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا ي
 حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصل الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف المالمية لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالمية وحدها دفعا للضرر بتدبر الامكان
 التلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه
 وقد سبقة الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رده هذا الجواب بأن
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في
 الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر يعني أنه بعد عدمه في السوق
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا متعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار
 تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر التلجي في حد الانقطاع كالا يخفى (قوله بخلاف مالا
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان
 هذا لا يتم على ما سيحى عن قريب من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا مطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد
 منهم ما بالجملة الفرق بين المالمية له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصل في
 الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيحى وأما على ما قيل ان الموجب الاصل هو
 القيمة ورد العين مخصص كما سيحى أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد إذا نفي كل منهما ما تصرح
 بأن الموجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في
 مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذ من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة
 مثل الدواب والطياب اه (أقول) هذا الذي عدمه تحقيقه مما لا طائل تحت بل لا حاصل له لانه ان أراد
 بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه مالا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان مالا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان
 أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

أما العددي المتقارب فهو كالكيلى حتى يجب مثله لآلة التفاوت (قوله وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل والموزون لأن من الموزون ذات ما ليس بمثل وهو الذى فى تبعية من ركاكس من التعم والبطش وليس راضع لأن من المكيلى ما ليس كذلك كتابه المرمز بأشبه غير ذلك لأمثلة فيه لقيمة وان كان ذلك فعلى الغاصب رد العين راعى أن تقديم هذا التسم كان أنسب فتأمل (قوله على أنه عليه السلام على أن أخذت حتى ترد أى على صاحب البدعين ما أخذت البدحتى ترد) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ من أخيه لأعباء إلا جازاً فإن أخذ فليرده عليه) وهو راضع ورواية الأئمة والمصالح بدون حرف العطف وسرف التني ومعناه أن لا يريد بأخذ مسرقته ولكن أدخل الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لأعباء في مذهب السرقة جازى أدخل الأذى عليه أو قاسد لأعب

أما العددي المتقارب فهو كالكيلى حتى يجب مثله لآلة التفاوت وفى البر الخارط بالشعير القيمة لا لا مثل له نال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام قائماً بقوله عليه الصلاة والسلام على البد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ من أخيه لأعباء إلا جازاً فإن أخذ فليرده عليه ولأن البدحق مقصود وقدم عليه فيجب إعادته بالرد إليه وهو الموجب الأصل على ما ذكره الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الأصل القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام

وهو يريد أنه يجب فى ذلك ليعقبه (ولأن البدحق متصور) بدليل جواز إذن العبد فى التجارة فإنه لا يحكم له رائه فى نفسه سوى التصرف بالبد لا سيما إذا كان مديوناً فله ليس هناك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف فعلم أن البدحق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أى رد العين هو الموجب (الأصل على ما ذكره الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الأصل القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام)

أى يضمن بقيمة فيشبهه جواب المسئلة بلغوس الكلام ليكون معاً ما يصدر المسئلة وبالجمله تفسير ما لا مثل له فى هذه المسئلة بما لا يضمن مثله كفعله صاحب العناية والنهاية وكذلك فى غيره ما لا مثل له فى المسئلة الأولى بما لا يضمن مثله كفعله صاحب العناية بمادة تقبله فطوره سليمة لا تستلزمه اعتبار جواب المسئلة فى صدر المسئلة فيكون معنى قولهم فى المسئلة الأولى أيضاً من غصب مثله مثل فهل فى رده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فأخى عندى أن المراد بماله مثل فى المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثل له فى هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر وقد أفصح عن نوعى المثل فى الكافى حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل فى ضمان العدو وان حتى صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال فى الكافى بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تناولنا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهدى له وعليه قيمته وهو المراد بالمثل المذكور فى النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور فى النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليك فاعطه وأعليه بمثل ما اعتدى عليك لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالكيلى والموزون فهل فى رده وقدم الاستدلال به على ذلك فى المسئلة الأولى وهو الذى أشار إليه فى الكافى وغيره بقوله لما تناولنا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالكيلى) قال فى النهاية وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل كالكيلى والموزون لأن من الموزون ذات ما ليس بمثل

أصل واحد بالنسبة فان اختلافهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله وليرى أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك فى بعض الأحكام) أقول منها الوأبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو ذلك بعده لا يجب الضمان ولو لأن الواجب الأصل القيمة لما صح ذلك ومنه لو كفسل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفاية بالعين وهذا لا يصح ومنه أنه لا يجب الزكاة على الغاصب فى نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره فى النهاية والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعنى لأن رد القيمة قاصر

فتم اذ ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو طالك بعد ذلك لاضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح البراء لان البراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة ان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبيل والصحح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المنعير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة البراء انما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان البراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير بربوا النوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المنهونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكاة عاذا كرنا في مسألة البراء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى (٣٩٧) هـ لا كهابسه الحاكم حتى يعلم

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هـ لا كهابسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لان الواجب رد العين والهـ لاك يعارض فهو يدعي أمر عارض خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ثم اذا ادعى الالهـ لاك يعارض فهو يدعي أمر عارض خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ثم اذا ادعى الالهـ لاك سقط عنه رده فيلزمه رده وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمح والطشت اهـ (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصره على المكييل لكان الشئ الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا مثل كالمكييل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لان من المكييل ما هو كذلك كالمخلوط بالشعير فانه لا يمثل له ففيه القيمة اهـ (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكييل في قوله أما العمدى المتقارب فهو كالمكييل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكييل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر الخياط بالشعير القيمة لانه لا يمثل له وبقريضة شهرة اعتبار الجنس مع المكييل في تحقق المماثلة في المكييل كما تقرر في باب الرباع من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب بتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقةه ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ خلاف فيه ولا اشتباه واتما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في نفسه ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في نفسه ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

أنهم لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذ لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببذلها) بما اتفق عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهـ لاك يعارض فالغصب يدعي أمر عارض خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا غصب المغصوب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فإوجهه قيل في المسألة رواية ثان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والا ثبات في مكان آخر كافي حواله الباذنجان والنقل يستعمل بدون الا ثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قيل والصحح) أقول القائل هو الانقائي (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالمظهر مع الجمعية فان الظاهر هو الاصل والجمعية خلف عنه ولا يصار اليه الا عند التجز عن اقامتها الى هنا عبارته واث أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المنهونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسألة بما أجيب به عن مسألة البراء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بالتلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لأن الغضب بحقيقته) حواله (يتحقق في المقول دون غيره لأن إزالة اليد بالقل) ولا نقل في العقار والغضب بدون الإزالة لا يتحقق (فإننا
غضب عقاراً فهلك في يده بغير منعه لم يضمنه عند أبي حنيفة رأبى يوسف رجوعاً الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الأول
والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) أثبات اليد بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال اليد بالمائة

لأن الغضب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل (وإنما غضب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه)
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الأول وبه قال الشافعي لتحقيق
أثبات اليد ومن ضرورته زوال اليد بالمائة لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق
الوصفان وهو الغضب على ما يندفصار كالتقول وجود الوديعة

حيث قال في تعليل ذلك لأن الغضب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداء
القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فإنه يفيد قصر المسند اليه على
المسند كما صرحوا به في علم الأدب ومثوبه نحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش
(قوله لأن الغضب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر
من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غضب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى
على من أحاط بحقيقة المقام خبراً وبذ كر التفصيل الآتي عنك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا
فالأحسن أن يكتفي بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غضب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ههنا
كما كفي ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فإن الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا أيضاً لاجتماع
(قوله وإذا غضب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاعل بالواو
في قوله وإذا غضب عقاراً الخ لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة
التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكر كلمة الفاء في عامتها وكلمة ستي في المحيط حيث قال
فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غضب العقار
عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا يتقدم موجب الضمان اهـ والجواب أن كلمة الفاء كانت
مذكورة في مختصر القدرى فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية ثم أقول المراد بالغضب
في قوله وإذا غضب عقاراً هو الغضب اللغوي دون الغضب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن
حكم الغضب مطلقاً عند هؤلاء العيين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا
بعدم الضمان في غضب العقار وهذا كما في يد الغاصب لأن الضمان إنما هو حكم الغضب الشرعي
دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة قال بعض الفضلاء إطلاق لفظ الغضب
هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تهاذر الحقيقة وهنا
الحقيقة الخفية متبصرة فلا يصار إلى المجاز اللهم إلا أن يريد المجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي
دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي ولكن حق الأداء ما قد دلت عليه
لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غضب الدور والعقار على مذهب أبي
حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغضب ولكن لا على وجه وجوب الضمان واليه مال
القدرى في قوله وإذا غضب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه أثبت الغضب
ونفي الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر
لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق الغضب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك إذ
لم يقل أحدهم الغضب الشرعي يتحقق عند ههنا كيف ولو قاله المصنف أنه أن يقول لا على وجه وجوب

لاستحالة اجتماع اليدين)
من جنس واحد (على محل
واحد في حالة واحدة)
وإنما قيل من جنس واحد
استحالة اجتماعهما إذا جرداه
من رجل فأنه في يد
المستأجر حقيقة وفي يد
الآجر حكم لكم ما يندان
مختلفان (فيتحقق الوصفان)
يعنى إزالة اليد بالمائة وأثبت
يد الغاصب (وهو الغضب)
أي تحقق الوصفين هو
الغضب (على ما يندفصار
كالتقول) في تحقيق الوصفين
(وجود الوديعة) في العقار
فإنه إذا كان وديعة في يد
شخص فجده كان ضامناً
بالاتفاق والقول بالضمان
في هذه الصورة وقد ثبت
أن جعود الوديعة غضب
مع عدم القول به في غير
صوره الخ جود تناقض
ظاهر وكأن التكاف بأثبات
إزالة اليد من جانب الشافعي
للا لزام لأنه يكتفي في الغضب
بأثبات اليد الباطلة كما
تقدم

(قوله لأن الغضب بحقيقته
الخ) أقول تعليل لقوله
الغضب كائن فيما ينقل
ويحول لا في العقار قال
المصنف (وإذا غضب

عقاراً) أقول إطلاق لفظ الغضب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق أثبات اليد ومن
ضرورته زوال اليد بالمائة) أقول حوله تعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فإن عدم تحقيق الغضب بأثبات اليد بدون إزالة
يد المالك كذا في شرح السكاكي وقال الأكل وكان التكاف بأثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي عند المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لافي العقار) فانتفى ازالة اليد والكل يتفق بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى ثلاث فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود متنوعة) إذ كفي المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لاضمن وان جرد كفي المبسوط والاصح أن يقال جرد الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ المتزوم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رجحهما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله فلا نه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (و يدخل فيما قاله) يعني القدروري (اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله) بأن كان عمله الخدادة أو القصارة فهو جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا يسكنها وعمله بل بأقفة مما يوجب فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا بنية لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بنية له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بنية تحقق الغصب وأما اذا كان له بنية أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لافي العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود متنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ المتزوم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله فلغو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يبيته لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكمهم مقر رابط الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا لان لم أن أحد قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما صر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شئ في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عندهما في العقار على ما استعرفه فلا يصدر من له أدنى تمييزا نكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لافي العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٧٤ تكمله سابع) احتراز عن قول بعضهم بأن في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهد ابدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضما فقيمتا للشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسألتين أن الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتهما فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بمجرد المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه املكه قضى له به اقل هذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول لست شعري بأى دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين متى ثبت بل مفهوم ازالة اليد بتحقيقه في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للخصم أن يقول انما يضمن فيه لا انتفاء اثبات اليد فأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فبأن السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها الاصل اقاولا صاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بنية تحقق الغصب) أقول فيه بحيث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالتذلل قال
(وهذا عند أبي حنيفة وشيخه وقال أبو يوسف لا يتصدق بالتذلل) وسند كراجه من الجانبين قال
(واذا هلك النخل في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة اليد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا
بإخراجه أي بإخراج المالك عنها أي عن العتق بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الإخراج ذلل في المالك
لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولا فلا يثبت
جعل الباء في قول المصنف بازالة اليد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد
الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب عواثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا
وأصلا صادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا مفعرا على الاول وأيضا لو كان الباء المزبورة للسببية
كان معنى كلام المصنف وله ما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم
منه كون الغصب عندهم ما مجموعه اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المفعود
فالوجه أن يكون الباء عنه للمصاحبة فيكون المعنى وله ما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل
في العين فيثبت بتنظيم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانيا فلا لأن المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون
التقييد أن لا يتحقق ازالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد
أن من ضرورة اثبات اليد واليد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي
تعليل قوله ما هنا لم تعرض لنفي تلك المقدمة وليست بتسالة للنفي والمنع لتقريرها وبدايتها فلا جرم
كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليله ما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلا في غصب
العقار فالاولى في تقرير دليله ما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال وله ما أن الغصب اثبات اليد
العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا أي سواء كانت بفعل في العين
أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص
وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة
يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا بإخراج المالك عنها أي
عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل
في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عندها كما في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت
مدعى الإهمال الأعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والسابع كما
لا يخفى على ذي فطرة سامة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد يتحققه في إخراج المالك أظهر
اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فإلى
أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا
شرط تحقق الغصب الاستدلال بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه
بفعل في الضمان فيستدعي وجود ماله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل
ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للنقص أن يقول
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشيء إذ ليس في الخصوم من ينكر
تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفت أنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة
يغرم النقصان) ويعرف
النقصان بأن ينظر بكم
تستأجر هذه الأرض قبل
استعمالها أو بكم تستأجر
بعد استعمالها فتفاوت
ما بينهما من نقصانها وهذا
قول نصير بن يحيى وكلامه
واضح قال (واذا هلك النخل
في يد الغاصب بفعله أو
بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لأن العين دخل في ضمائه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة)
يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى
من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خاف عنه فان هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى وليكون
الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (في يد
الغاصب) ولم يغير نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في يده مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة الثديين فانسكس
نديه أو في غير يده مثل أن كان عبدا محترا فاقسى الحرفة (لأنه دخل في ضمائه بجميع) (٣٧١) أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء
(ف) تعذر رده عنه و (ما تعذر

وفي أكثر نسخ المختصر واذ هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهو ذلك
العين دخل في ضمائه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك
السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه
في ضمائه بالغصب فما تعذر رده عنه يجب رده قيمته بخلاف تراجع السعر اذ ارد في مكان الغصب
لأنه عبارة عن فقور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

اعلم يضمن فيه لا تنفاء اثبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر واذ هلك الغصب والمنقول هو
المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو
مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن
يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو نعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما امر في قوله واذ
غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا الحاله وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل
فهو ممنوع جدا ويمكن أن يحجب عنه أن المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور
ههنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لأن المعنى اللغوى في المنقولات الشرعية معنى
مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم الايمان أيضا فلا بد في ارادة
المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية في تخاطب أهل الشرع من قرينه وههنا القرينة منفية فوجب
الرجوع الى المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما امر واذ غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل
ويحتمل قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله
ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه نعم المثلى وغير المثلى
من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كالاتمها مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى
في صورة المثال على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما امر أن المعتبر في هاتيك الصورة
عند أبى حنيفة قيمة يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لسكون المسئلة اتفاقية
(قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمائه بالغصب فما تعذر رده عنه
يجب رده قيمته) أقول في هذا التعليل قصورا قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه نعم ما كان
النقصان في يد المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة الثديين فانسكس نديه أو ما كان في غير

قيمه (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا قص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه
المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان خس النقصان كما لو اشترى جارية
بمائة مثالا فاعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلا خيار البيع وجب عليه
تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا
لأن العقد يدعى الايمان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها ووصفاتها كانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله
راجع الى الغاصب والضمير في له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع الى الغاصب

قال المصنف رحمه الله
 (ومراده) أي مراد القدوري
 رحمه الله بقوله وان نقص في
 يده ضمن النقصان (غير الربوي
 أما في الربويات) كما اذا غصب
 حنطة فعفنت عنده أو ناء
 فضة فأنهم شتم في يده (ولا
 يمكن تضمين النقصان مع
 استرداد الأصل لأنه يؤدي
 إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار
 ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا
 شيء له غيره وان شاء تركه
 وضمنه مثله قال (ومن غصب
 عبدا فاستغله) أي ومن غصب
 عبدا فاجره وقبض الاجرة
 فصار مهزولا في العمل
 فعليه النقصان لما بينا أنه
 دخل بجميع أجزائه في ضمانه
 بالغصب فما تعذر رد عينه
 يجب رد قيمته ونقصان وصفه
 مما تعذر فيه الرد فوجب رد
 قيمة النقصان ويتصدق
 بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد
 رحمه الله وعند أبي يوسف
 رحمه الله لا يتصدق بها
 وعلى هذا اذا أجر المستعير
 المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف (قال
 رضى الله عنه وهذا
 عندهما أيضا) أقول
 الظاهر تقديم أيضا على
 قوله عندهما

قال رضى الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا ويتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا أجر المستعير المستعار

بدنه مثل أن كان عبدا محترقا فاقضى الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتشبه في الصورة الثانية لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعامل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوي) أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الربويات أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن إلا ما لا تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا هذا خوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالاحتمال وأما فيما اذا كان نقصانها في الأجزاء كما اذا غصب كلبا أو وزنا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كلبا أو وزنا فيمكن له صاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقة افتأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو ناء فضة فأنهم شتم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية تفلا عن الإيضاح إلا أنه منظوفه عندي أما أولا فلا أنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية بنفسها وفي سائر المعبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كما صوغ من التقيم والطست ليس بمثل بل هو من ذوات القيم ولا شك أن ناء فضة من ذوات القيم فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا بفاء فضة انهم شتم في يده وأما ثانيا فلا أنه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمن المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها ناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب ناء فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هي هكذا وان كان الناء فضة فهو بالخيار ان شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء أخذ بعينه وان شاء أخذ قيمته من النضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل ناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلما أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق الغصب منه عن الجودة والصنعة لمراعاة حقه والتحرر عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

لابي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر لأن المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلا نه عليه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه ولكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا قرر عي حصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فإني يكون الخبيث أجاب بقوله (والمالك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجهه دون وجهه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت (فلا يندم به الخبيث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبيث لأجل المالك ولهذا الوسم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له التناول فيزول الخبيث بالأداء اليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهل في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبيث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج اليه وللمحتاج اليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) (٣٧٧) وهو أولى بذلك لأنهم ملكه وإن كان فيه

خبيث (فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا أنه محتاج وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مر في الدلائل وجوابه ما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند المالك إلى ما قبل التصرف لأن عدم سبب الضمان فكان

لابي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا قرر عي حصل على وصف الاصل والمالك المستند ناقص فلا يندم به الخبيث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبيث لأجل المالك ولهذا الوادى اليه يباح له التناول فيزول الخبيث بالأداء اليه بخلاف ما إذا باعه فهل في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليه لأن الخبيث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج اليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مر الدلائل وجوابه ما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند المالك إلى ما قبل التصرف لأن عدم سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعلق بالاشارة أما فيما يتعلق كالثنين

اه (قوله لابي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه ومملكه إنما هو البعض الفائت من المصوب دون مجموع المصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر بجهو الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن الميسر

التصرف في غيره ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وإنما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيه على تحقق الخبيث وإن تداولته الأيدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعلق بالاشارة كالعروض ظاهر وأما فيما يتعلق بالثنين الدراهم والدنانير

(قوله ولكنه بسبب خبيث) أقول أي ولكنه حصل أولكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيحى الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والمالك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والمالك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال إلا يجعل الألام عهدية (قوله أجاب بقوله والمالك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجهه دون وجهه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (فيزول الخبيث بالأداء اليه) أقول زوال الخبيث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الآخر فليتأمل فإن جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى به) الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى به او بغيره (قال) خبر الاسلام لان ظاهر هذه
العبارة يدل على أنه أراد به اذا أشار اليها او تقدم منها اما اذا أشار اليها او تقدم من غيرها او تقدم منها أو أشار إلى غيرهما أو أطلق إطلاقا وتقدم منها
يطيب له وهذا أربعة أوجه (٣٧٤)

فقوله في الكتاب اشترى به الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى به او تقدم منها الثمن أما اذا أشار
اليها وتقدم من غيرها أو تقدم منها أو أشار إلى غيرهما أو أطلق إطلاقا وتقدم منها يطيب له وهكذا قال الكرخي
لان الإشارة اذا كانت لا تقيد التعيين لا بد أن يتأكد بالتقدير الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له
قبل أن يضمن وكذا به الضمان بكل حال وهو المختار لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان
اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوعدها أو طعما فأكله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان
الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق
بمثله ان كان اسمك الثمن يوم اسمك له وعوغي وان كان محتاجا يوم اسمك الثمن لم يكن عليه أن
يتصدق بشيء من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استعمال الثمن ويصير
فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت
وقت استعمال الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلهما
عند أصابته مالا أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثله من بعد
أصلا فحينما إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم إلا أن يقال
وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى
ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر
موهوم بعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتقدير وفسر نافع الشريعة وقت الاستعمال المذكور
في كلام المصنف وقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شيء وهو أن
الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس
له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان
فقيرا البته فلم يكن وجه لزيد المصنف حينئذ بقوله فلا أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت
الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ غناه بعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ
اللهم إلا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في
الكتاب اشترى به الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى به او تقدم منها) (أقول في عبارة المصنف
حينئذ تسامح لان حاصلها يقول إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى به الإشارة إلى نفسه وإلى غيره لان
قوله اشترى به في قوله انما يجب اذا اشترى به او تقدم منها نفس ما في الكتاب وقوله وتقدم منها أمر مغايرة
ولامعنى القول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى
بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار اليها او تقدم منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتظهر
المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها أو تقدم منها أو أشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي
مسكة ثم ان ما أخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وعو المختار لا إطلاق الجواب في
الجامعين والمضاربة ما ذكره خبر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولقظه اذا أشار اليها وتقدم منها يدل

أيضا وهو أنه اذا دفع إلى
البائع تلك الدراهم أولا ثم
اشترى منه بتلك الدراهم
وهذا التفصيل في الجواب
قول الكرخي رحمه الله لان
الإشارة اذا كانت لا تقيد
التعيين كان وجودها
وعدمها سواء فلا بد أن
يتأكد بالتقدير ليحقق
الخبث قالوا والفتوى
اليوم على قوله لكثرة الحرام
دفع المخرج عن الناس
وقال خبر الاسلام رحمه الله
قال مشايخنا رحمه الله
لا يطيب له قبل أن يضمن
وكذا بعد الضمان بكل
حال أي في الوجوه كلها وهو
المختار لا إطلاق الجواب في
الجامعين والمضاربة بقوله
يتصدق بجميع الربح وقال
وذلك لأنه اذا تقدم منها ولم
يشرف سلامة المبيع حصلت
بهذه الدراهم فأما أن
يصير عنها عوضا فلا تثبت
شبهة الخبث وان أشار اليها
وتقدم من غيرها فاعلام
جنس الثمن وقدره حصل
بهذه الإشارة فكان لا عقد
تعلق بها فتمكن شبهة
الخبث أيضا وسيل مثله
التصدق فاستوت الوجوه
كها في الخبث ووجوب

التصدق (وان اشترى بالف جارية تساوي ألفين فوعدها أو طعما فأكله لم يتصدق بشيء) بل رد عليه مثل ما غضب في قول
قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا أقوله بكل حال ولا
للمجموع كما لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها للغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغيره له مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب عرا فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا

(٣٧٥)

غصب شاة فذبحها فاقام يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة

حيية وقوله وعظم منافعتها يتناول الخنطة اذا غصبها وطمخها فان المقاصد المتعلقة بعين الخنطة كجعلها ريسة

وكسكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطعن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناولها فان اذا طخت صارت تسمى دقيقا

لا خنطة ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طمخها) وفيه اشارة الى أن الذبح لا يزيل الملك بل الذبح والطمخ يزيله طعن الخنطة والاعثلة كلها تدل على أنه

لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتعلق الغاصب بضمائه

(عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها للغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغيره له مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب عرا فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هنالك وهذا واضح فيما يتبعين بالاشارة اليه فأما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الآن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعمين فيستوى وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل

أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الرجوع بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ نفرا الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعه للعرج عن الناس وعلى هذا انقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لا يصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما نقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالآخر آخرى منه وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقيقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورد في فصل

على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير بانه اذا المقصود بيان وجهه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجهه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين

المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها للغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغيره له مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب عرا فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فاقام يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حيية وقوله وعظم منافعتها يتناول الخنطة اذا

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكد لان قوله زوال اسمها يتناولها الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها ووسلحها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجي عن الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعتها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها أو أربتها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

فصل فيما يتغير بعمل

الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكد لان قوله زوال اسمها يتناولها الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها ووسلحها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجي عن الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعتها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها أو أربتها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا اذا الدقيق عين الخطة من وجهه لان عمل الطحن في تغريق الاجزاء
 لا في احداث ما لم يكن موجودا وتغريق الاجزاء لا يبدل العين كالمقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بيده ما ولا يجري الربا بالاعتبار
 المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لان على أصله تضمنه النقصان مع أخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه
 يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي) عطف على قوله

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي يضمه وعن
 أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته الشافعي أن العين
 باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الخطة وألقها في طاحونة فطحنت ولا تعتبر
 بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح
 الشاة المغصوبة وسلخها وأزجها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالك من وجهه
 ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

عصمها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الخطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول
 بالطحن والظاهر أنه تأكيده لان قوله زال اسمها يتناولها فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقة لا الخطة الى
 هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعتها في هذه المسئلة منه كورا لمجرد
 التأكيده مع وقوعه في عبارات عامة المع تبرات من المطولات والمختصرات على الاطراف بعيد جدا
 لا تقبله الطباع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها
 وأزجها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك ماليتها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب
 ولكن لم يزل عظم منافعتها وهو اللحمة كما سيأتي التصريح به في عامة الشرع حتى العناية بنفسها
 ولهذا لم يزل ملك ماليتها عنهم تدبر (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده) قال
 بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح
 في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الخطة تزداد بجعلها دقيقة وكذا
 قيمة الشاة تزداد بطحنها فاذا ازداد قيمة الخطة بجعلها دقيقة فأنى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر
 أن المراد نقصان الوصف كما اذا عفت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الخطة
 من وجهه فكان له أن يأخذها كقبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الخطة فيه جريان الربا بينهما
 ولا يجري الربا بالاعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الخطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة
 أخذ عين الخطة ولو أخذ عين الخطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لانه نقصان صفتها بسبب الغفونة
 لادائه الى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم الا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة
 نقصانها بسبب فوات الوصف لانه صانع بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة
 النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باقية الخ) قال صاحب العناية
 قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا (أقول) ليس هذا بسبب وجوده بل لانه باقية في وجوده
 ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا بداء اذ لو كانت للعطف على قوله
 لانه يؤدي الى الربا بالزم الفصل بين المتطرفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمه وقوله وعن
 أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له درية بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل
 عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز

لانه يؤدي الى الربا وتقريره
 أن بقاء العين المغصوبة
 موجب بقاءه على ملك المالك
 لأن الواجب الاصل في
 الغصب رد العين عند قيامه
 ولو لا بقاءه على ملك المالك
 لما كان كذلك والعين باقية
 فيبقى على ملكه (وتتبعه
 الصنعة) الحادثة لانها تابعة
 للاصل (كما اذا هبت الريح في
 الخطة وألقها في طاحونة
 فطحنت) فان الدقيق يكون
 لملك الخطة كذلك هذا
 فان قيل فعمل فاسد لانه
 تخلف في صورة النزاع فعل
 الغاصب دون المستشهد به
 أجاب بقوله (ولا يعتبر بفعله
 لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
 على ما عرف في الاصول أن
 الفعل المحظور لا يصلح سببا
 لثمة وهو الملك فصار كما اذا
 عدم الفعل أصلا) وحينئذ
 صارت صورة النزاع كالمتشهد
 به للاحالة (وصار كما اذا ذبح
 الشاة المغصوبة وأزجها) أي
 جعلها أعضاء وانفصلت فان فعل
 الغاصب فيه موجود وليس
 بسبب للملك لكونه محظورا
 (ولنا أنه أحدث صنعة
 متقومة) لان قيمة الشاة تزداد
 بطحنها وشيئا وكذلك قيمة

الخطة تزداد بجعلها دقيقة (واحد انها صير) جنس (حق المالك هالك من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان
 قال المصنف (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه)
 أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال في بيعه في دينه (قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا) أقول فيلزم
 أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليس الواو في نسختنا موجودة وهو الأصل صواب

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجع على الهالك من وجه على ما عرف فى الأصول من قولهم اذا تعرض خبر بالترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشئ والطبع لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكه من وجه (قوله ولا يجعله سببا للمالك من حيث هو محذور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محذور وتقريره أن هذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل وهو محذور ووجهه أحداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلح باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح (٢٧٧) جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلح والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققة فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى الاتى من وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقضان عند أبي يوسف عدا خلاف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باقية أن له فى إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا لأن له فى إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقضان عند أبي يوسف كيف ولو لم يزم ما توهمه من الخذو رهنا للزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا إذا شئت أن المذ كورنا نيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من جهة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطع على قوله للشافعى أن العين باقية مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بالارباب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كما هو أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا فى إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فإنه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلح) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلحها وأربرها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلح والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققة فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

وحيث أنه محذور بل من حيث أنه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلح وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما فاحفظه وقوله ولا يحل له الاتفاقيات حتى يؤدى بدلهما استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وعك كذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقضان عند أبي يوسف عدا خلاف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باقية أن له فى إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا لأن له فى إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقضان عند أبي يوسف كيف ولو لم يزم ما توهمه من الخذو رهنا للزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا إذا شئت أن المذ كورنا نيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من جهة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطع على قوله للشافعى أن العين باقية مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بالارباب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كما هو أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا فى إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فإنه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلح) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلحها وأربرها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلح والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققة فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

وحيث أنه محذور بل من حيث أنه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلح وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما فاحفظه وقوله ولا يحل له الاتفاقيات حتى يؤدى بدلهما استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وعك كذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقضان عند أبي يوسف عدا خلاف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باقية أن له فى إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا لأن له فى إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقضان عند أبي يوسف كيف ولو لم يزم ما توهمه من الخذو رهنا للزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا إذا شئت أن المذ كورنا نيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من جهة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطع على قوله للشافعى أن العين باقية مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بالارباب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كما هو أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا فى إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فإنه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلح) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلحها وأربرها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلح والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققة فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

(٤٨ - تكمله سابع) وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال الكل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا يجعله سببا للمالك) أقول أى لا يجعل الصفقة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن هذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل) أقول الاظهر أن يقال جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدول والافتقار بتيد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيله بالتحصيل الا أن يقال يتأكد به ذلك التقويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال شاة مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤرب

وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله
عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاهة مليحة أي مشوية فأخذ منها الشاهة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة الذبوحية المدلية بغير رضا صاحبها أطلعوها
الأنصاري فإذا الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمه الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولأن في
إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيجوز قبل الارضاء حسم المالك الفساد ونفاذ بيعه وهتبه مع الحرمة
أقيام المالك كفي المالك الفاسد وإذا أدى البديل يباح له لأن حق المالك صار موقوفاً بالبديل فحصلت مبادلة
بالتراضي وكذا إذا أبرأه موطو حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك
لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي الإبطاله وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير
أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما ما قبل أداء الضمان لوجود الاستمالة من كل وجه بخلاف ما تقدم
لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم
الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيه إذ كره جواباً عما استشهد به الشافعي من
مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وبلغها وتأريها فإنه علل المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة
فيما بعد الذبح والسخ فورده عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم
الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله
فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما
قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك
فلا يتم التقرير (قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه
لا يقضي الإبطاله) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن
هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم
يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياً له أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله
لأنه لا يقضي الإبطاله إذ واختار تاج الشريعة الاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه
الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك
يعني إذا كان مال اليتيم (أقول) يراد على الاحتمال الأول أن قول المصنف في التعليل لأنه لا يقضي
الإبطاله غير مساعد لذلك لأن من كان القاضي ولياً له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد
لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيراً جذاً وكذا إذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً ويرد
على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء بأي ذلك إذ حينئذ يلزم التكرار
ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياً له لكونه نائباً عنه
فكان القضاء هناك أيضاً بطلب المغصوب منه حكماً وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على
تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البديل
من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البديل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم
قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراصياً على مقدار من الضمان إذ
(أقول) يراد به أيضاً أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدى البديل يباح يعني عن هذا المعنى لأن
أداء الغاصب البديل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا
وعكس أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير
القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البديل أدائه برضاه دون مطلق الأداء

بجعل بلكو ولا يبيعها
فقال عليه الصلاة والسلام
إنها تخبرني أنها ذبحت بغير
حق فقال الأنصاري كانت
شاة أخي ولو كانت أعز من
هذا لم ينس علي بها
وسأرضيه بما هو خير
منها إذا رجع فقال عليه
الصلاة والسلام أطلعوها
الأنصاري قال محمد رحمه الله
يعني المحسبين فأمره
بالتصدق مع كون المالك
معلوماً بأن أن الغاصب
قد ملكها لأن مال الغير
يحفظ عليه عينه إذا لم يكن
وغنه بعد البيع إذا تعذر
عليه حفظ عينه ولما أمر
بالتصدق بها دل على أنه
ملكها وعلى حرمة الانتفاع
لغاصب قبل الارضاء (قوله
ولأن في إباحة الانتفاع
دليل مقول) وهو ظاهر
وقوله (ونفاذ بيعه) جواب
عن قوله ولهذا وجبه
وتقرر بره أن نفاذ ذلك
لقيام المالك وذلك لا يستلزم
الإباحة كفي المالك الفاسد
وقوله (وإذا أدى البديل)
راجع إلى قوله حتى يؤدي
بداها وكلامه واضح وقوله
(أو ضمنه الحاكم) يعني
إذا كان مال اليتيم وقوله
(بمخلاف ما تقدم) إشارة
إلى قوله كن غصب شاة

وذهبوا وشواها أو طبخها أو حنطه فطعمها أو وحدها فأخذها سيفاً وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبل
هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير أو أنية لم يزل ملك مالها عند أبي حنيفة رحمه الله فليأخذها ولا شيء للغاصب وقال لا يملكها الغاصب وعليه مثله لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صراحداً لها حق المالك في الكامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأوه ولا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغيره بمعنى واسمائه لأنه قبل الضرب كان يسمى تبرأوفضة وذبحوا بعده دراهم ودنانير ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولا يـ حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الإدارية المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وواجباً بالربا ووجوب الزكاة كذلك وإذا كان (٣٧٩) كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله)

وصلاحيته لرأس المال)

جواب عن قوله والتبر

لا يصلح الخ وتقريره أن

الصلاحية أمر زائد على

مقتضى الطبيعة يحدث

بالصناعة لأنه هالك العين

بها من وجهه وقوله (وكذا

الصناعة) جواب عن قوله

أحدث صنعة معتبرة متقومة

ومعناه أنها غير متقومة في

جميع الأحوال لأنها لا قيمة

لها عند المقابلة بحسنها

واعتاقوم عند المقابلة

بخلاف الجنس كمن استهلك

قلب فضة فعليه قيمته من

الذهب مصوغاً عندنا وذلك

لأننا لو أوجبنا عليه مثل

قيمتها من جنسها أدى إلى

الربا ولو أوجبنا مثل وزنها

كان فيه إبطال حق المخصوص

منه عن الجودة والصناعة

فلما راعى حق المالك والتحرز

عن الربا قلنا يضمن قيمته من

الذهب مصوغاً وان وجدته

صاحبه مكسوراً فرضى

به لم يكن له فضل ما بين

المكسور والصحيح لأنه عاد

قال (وان غصب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير أو أنية لم يزل ملك مالها عند أبي حنيفة فليأخذها ولا شيء للغاصب وقال لا يملكها الغاصب وعليه مثله) لأنه أحدث صنعة معتبرة صبر حق المالك الكامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصناعة دون العين وكذا الصناعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عن أبي حنيفة) وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه

والإلزام استدراكه قوله وكذا إذا أدى بالقضاء وأداه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراكه بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضي على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك إذا التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف وإذا أدى البديل بباح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبديل فصلت بمبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغير من هذه الحيثية وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سلمة أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جداً ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان يحمل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقفى أثره الشارح العيني (أقول) فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عن أبي حنيفة) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فظهر لك وجه ذلك أن تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجهه آخر لنا فيه لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر إلا على عندا مكان

إليه عين ماله فبقيت الصناعة منفردة عن الأصل ولا قيمة لها في الأموال الربوية وإذا كان كذلك كانت الصناعة متقومة من وجهه دون وجهه فلا يصلح لإبطال حق ثابت من كل وجهه (ومن غصب ساجدة) بالحجم وعلى الخشبة العظيمة لأن الساجدة بالخاء ستأتي بعد هذا (فبني عليها زال ملك مالها عن أبي حنيفة) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فظهر لك وجه ذلك أن تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المخصوصة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمه الله كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله في قوله وجهه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

ووجه آخر لنا فيه أن قيم ذهب اليه اضرار بالغاصب ينقض بناءه الحاصل من غير خلف وضرب المالك في المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بقيمة قدر كذا اذا خاط بانحيط المغصوب بطن جاريته أو عبداً وأدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم ذل الكرني والقيمة أبرجعتنا لا ينقض اذ انبى في حوالى الساحة أما اذ انبى على نفس الساحة ينقض لانه متعدي فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يتخفى على ذي فطره سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني يدفع الاول على كل حال عملاً باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قد مرناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقدمة صير حق المالك حاله كما ولا شك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غالباً على الساحة فيصح اذ ذلك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقدمة صير احداً لها حق المالك حاله كما من وجهه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب حاله كما من وجهه وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فانما تكون الساحة غالباً على البناء فليس كل ذلك أن يقال انه أحدث صنعة متقدمة صير حق المالك حاله كما من وجهه اذ تصيير المغلوب الغالب حاله كما غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرار بالغاصب ينقض بناءه الحاصل من غير خلف وضرب المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما ذاله الشافعي رضي الله تعالى عنه اضرار بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعرض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرب الغاصب ليس مجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشك في هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فنبى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضاً كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انه نقض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه تلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بانحيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قال في العناية فان قبل عدم جواز نزاع الخيط واللوح عند من حيث ان فيه تلف الناس لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان باطلاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانت امتساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما الشخص واحد يباح له نقض بناءه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت ملكاً واحداً لباح له نزاع الخيط واللوح فلي تأمل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقدس والمفلس عليه في جميع الأحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهما كذلك فان العلة في المقدس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقدس أيضاً بل لا ريب على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بهزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفاً في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخل في ما وقع مقبضاً ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعبرة في المقدس عليه وهي

الحاصل من غير خلف وضرب المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بقيمة قدر كذا اذا خاط بانحيط المغصوب بطن جاريته أو عبداً وأدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم ذل الكرني والقيمة أبرجعتنا لا ينقض اذ انبى في حوالى الساحة أما اذ انبى على نفس الساحة ينقض لانه متعدي فيه

(قوله فلما ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتلك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (برذلك وغيره) لا تخفى على من كان عليه لان الساجدة قبل البناء
عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقص والتغيير يوجب انقطاع حق
المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمر مالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسماها اليه وان شاء ضمنه نقصانها
وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

المثل للجزارة على المالك
لأنه حقق مقصوده فيه فكان
ذلك زيادة فيه لان نقصانها
أعد للجز غير مطلوب منه
الدور والنسل وذلك لان نفس

ازالة الحياة عن الحيوان
نقصان فكان للمالك الخيار
لاحتمال أن يكون له فيه
مقصود وسواها من زيادة
الاسمان والتأخير الى وقت
آخر لمصلحة له في ذلك
وكذلك اذا قطع يدها أي
رد الشاة والجزور هذا هو
ظاهر الرواية بخلاف ما روى
الحسن عن أبي حنيفة
رضي الله عنهم أن لا يضمنه
شيأ يعني في ذبح الشاة لان
الذبح والسيح في الشاة زيادة
على ما مر ووجه الظاهر
ما ذكره أنه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الأغراض

من الحمل والدور والنسل
وبقاء بعضها وهو اللحم
فصار كالحرق الفاحش في
الثوب على ما سيجي وولكنه
لا يعم الجزور بظاهره وولكنه
يعم من قوله فوت بعض
الأغراض اذا لم يجعل
البيان منحصرا فيما ذكر
بقوله من الحمل والدور والنسل

(قوله وجواب الكتاب الى

وجواب الكتاب بذلك وهو الأصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وسماها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا اذا قطع يدها) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه
أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدور والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب

لحق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير بطلان حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور
فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب بذلك) قال صاحب غايه البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب
برذلك أي جواب مختصر القدوري رد ما قاله الكرخي نظرا لان القدوري يروي عن أبي عبد الله
الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف رد مجرد جواب القدوري قول الكرخي
وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما مجرد الرواية فلا اه كلامه
(أقول) نظره ساقط لانه أن أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي
نحن بصدد هال الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه
لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعه على أنه بني على حوالى الساجدة لانه غير
متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بني على نفس الساجدة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان
الهنداوي يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فممن غصب درهمما فجعله عروة من ادة سقط
حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصاغة وانما اسقطه بكونها تابعة للارادة وهذا لا يكون
الا بمحل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساجدة في
الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليه أن مانق له عن القدوري صريح في أن القدوري
لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بني على حوالى الساجدة ويستدل على اطلاقها
بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبني عليها لا يستند الى
الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له وتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية
القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان
الكلام في مسئلة الساجدة وهو في روايته مخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسماها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من
الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر
الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمنين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين
النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدور والنسل والجزور
هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدور والنسل مطلوبا بين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل
استحق أجر المثل من جزائه على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها كما اذا غصب
ثوبا فصبغه أخرج حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذه الثوب ليكون صبغ الحريرة

قوله قيل لانه تغيير الخ) أقول قيل رد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجدة بحالها غاية أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على
الساجدة فانها تصلح للزراعة يحالها والبناء مانع كإنص عليه فليتامل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول
لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالاولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله
ان ذابجه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده
بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمته قيمته او سلمها اليه وان شاء
ضمته بنقصانها فدل على أنهم مافى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
القيمة بلا خيار فيه ما يعنى فى ما كول اللحم وغير مأكول اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما
أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول (٣٨٢) وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقطوع لان الأدبى يبقى منتفعاً به
بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب للمالك) لان العين
قائم من كل وجه وانما يدخل له عيب فيضمه (وان خرق خرقاً كبيراً يبطل عامة منافعه فللمالك أن
يضمه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال رضى الله عنه معناه يترك
الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق
وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزر وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان
للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود قيمته سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيته الى
زمان يحصل مقاصده منها كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا
المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
لجزائه على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لان نقصاناً حيث أعد الجزر غير مطلوب
منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون
له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك اهـ كلامه ورد
عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلاً لان فعله لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى
طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بطله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصباً (أقول) ان قوله
لا مجال لهذا التوهم أصلاً تحكم وقوله لان فعله لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه
اذا لم يكن متبرعاً لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أجر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ
الثوب كإسباني فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعاً لما زاده الصبغ فيما اذا مزج جزر غيره بل استحق أجر المثل
بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطاً للاحتمال أقل من أن يكون
منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزر وهذا هو مراد
الشارح هنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك
أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده
بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على
قوله ان شاء ضمته قيمته او سلمها اليه وان شاء ضمته بنقصانها فدل على أنهم مافى الحكم سواء ومن
الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

بين قطع طرف ما كول
اللحم وغير مأكول حيث
قال فى الاول انه اتلاف
من وجه وفى الثانى لوجود
الاستهلاك من كل وجه
والظاهر من كلامه نفي
اختيار المالكين تضمين
قيمتهما وبين امسالك الخصة
وتضمن نقصانها ويكون
ذلك اختياراً منه وان كان
نقل الكتاب على خلافه
فانذ كفى الذخيرة والمغنى
فقال وفى المنتقى هشام عن
محمد رجه الله رجل قطع
يد جارا أو رجلاه وكان لما
بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ
النقصان (قوله بخلاف
قطع طرف العبد المملوك)
متعلق بقوله للمالك أن
يضمه جميع القيمة وحاصل
الفرق بين الأدبى وغيره
أن الأدبى بقطع طرف
منه لا يصير مستهلكاً من
كل وجه بخلاف الدابة فانها
بعد ذلك لا ينتفع بها بما
هو المقصود بهما من الحمل
والركوب وغير ذلك قال
(ومن خرق ثوب غيره)
اختلف الناس فى الحد

الفصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار فى القسودرى الى
أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما
(قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان
كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقانى فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر وان شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة) وإنما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وإنما كان ذلك صحيحاً دون غيره (لأن محمد رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاً فاحشاً) فقال وإذا غصب ثوباً فقطعه بقيصاؤه لم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الثابت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع بقيصاؤه لم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشاً وإذا عرف هذا فن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وأما دخوله عيب فيضمنه وإن خرقه خرقاً كبيراً فله المالك أن يضمنه جميع قيمته

(٣٨٣)

و يترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحاً لا تخاذ القباء والقميص من بعده لم يبق ذلك فكان مستهلكاً من وجهه فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجهه من حيث أن العين باقية وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بالفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكراس قال (ومن غصب أرضاً) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال إن كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمد جعل في الأصل قطع الثوب نقصاً فاحشاً والثابت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قسلاً له أقطع البناء والغرس وردها)

فيهما يعني في مأ كول اللحم وغيره كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك الكافي أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأ كول اللحم والثاني أن التعليق يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأ كول اللحم وغيره كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه إلى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغيره مأ كول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحدهم من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب العناية إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية أيضاً فإن عين عبارته هكذا هذا الفرق بين مأ كول اللحم وغيره مأ كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بالخيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لأن مدار ورودها على جعل مراد المصنف على تسوية مأ كول اللحم وغيره كوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين مأ كول اللحم وغيره مأ كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمته وبين أمسالك الجثة وتضمن نقصانه أو يكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد جارا أو رجلاً له وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الأمسالك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفاً من غير مأ كول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أو لؤة سقطت من يد إنسان فأتلتهم ادجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤة أن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها للمالكها وإن شاء ترك اللؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤة وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر إخراجها ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويختار بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة بأمر تخيير والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تسر
مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بدلالا من سبب فيؤمر الشاغل بتفريقها كما اذا شغل طرف
غيره بطلبه (فإن كانت الأرض تنقص بقطع ذلك الملك أن يضم له قيمة البناء والغرس
مقروعا ويكرن له) لأن فيه تضرر الله ما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقارنا بمعناه قيمة بناء أو شجر
يؤمر بطلبه لأن حقه فيه إذا قرأ له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء
لصاحب الأرض أن يأمره بطلبه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فبغضه أجرة أو سويقا فقلته
بضمن قصاصه بالخيار إن شاء منه قيمة ثوب أو سويق ومثل السويق وسيله للغاصب وإن شاء أخذها
وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يسكد ويأمر الغاصب بقطع
الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لأن التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن
التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه
فيه إذا كان لما بقي بهد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها الكامن وجهه دون وجه
وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم
فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضم منه جميع قيمتها أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة
بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يسكت ويأخذ النقصان
ونقل ما في المستقي من رواية هشام عن محمد بن حمره الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم لم يس لعرق ظالم
حق) صححه في المغرب بتقوين عرق حيث قال أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على
وجه الاعتصام ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو وصفه صاحبها مجازا وقد روي بالإضافة ليس
لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيماد كرفي المغرب شيء وهو أنه
قد روي المضاف أو لا حيث قال أي الذي عرق ظالم وجهه لوصف العرق بالظلم تجوزا نانيا وبينهما منافرة
لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم
محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفة ذابحها للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقة أنه لا يكون للصبر إلى
التجوز وجهه وعن هذا ذكر الخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق
بالظلم على سبيل التجوز اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي الذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى
لأن هناك مضافا محذورا فمقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا الذي لأنه معرفة اه
(أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فإن الذي يعنى صاحب لا يكون المضافا ولا يكون نكرة
أن أضيف إلى نكرة ومعرفة أن أضيف إلى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما والذي يعنى
صاحب فلا يكون المضافا فإن وصفت بنكرة أضفته إلى نكرة وإن وصفت بمعرفة أضفته
إلى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمرة ولا إلى زيد وما أشبه اه ولا ريب أن المضاف إليه الذي
فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا
لأنه معرفة وكان وهما ذهب إلى الذي التي هي مؤنث دامن أسماء الإشارة التي هي من أنواع
المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبرة ولكل صارم نبوة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق
فان الأرض لم تسر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهمهم أن يتوهم أن قوله في
التعليل والغصب لا يتحقق فيها نافي وضع المسئلة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها
أوبى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه الغزو والغصب المنعني تحققة
في الأرض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر

وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه
في المغرب بتقوين عرق
أي الذي عرق ظالم وهو
الذي يغرس في الأرض
غرسا على وجه الاعتصام
ليست وجها وصف العرق
بالظلم الذي هو وصفه صاحبها
مجازا وقد روي بالإضافة
أي ليس لعرق غاصب
ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله
(فتقوم الأرض الخ) يعتبر
قيمة الأرض بدون الشجر
عشرة دنانير مثلاً ومع
الشجر المستحق قلعه خمسة
عشر يضمن صاحب الأرض
خسة دنانير للغاصب فيسلم
الأرض والشجر له صاحب
الأرض وكذا البناء (قوله
ومن غصب ثوبا بالخ) ظاهر
وقوله (اعتبارا بفصل
الساحة) يعنى كما أن في
فصل الساحة يؤمر بالقطع
إذا لم تتضرر الأرض به فكذلك
ههنا لأن في كل منهما ما
شغل ملك الغير بملكه
وقوله (لأن التمييز ممكن)
يعنى بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة
والسلام ليس لعرق ظالم
حق صححه في المغرب إلى
قوله بل يؤمر بقلعه) أقول
ولا مجال لكون ظالم نعتا
لأنه معرفة

وقوله (ولنا ما بينا) يعني في مسألة الساجدة بالجسم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما سأل لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه ونمته قيمة صبغه وان شاء نحن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تمييز كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويقي بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل (٣٨٥) المسئلة) يعني في قوله ومن غصب

ثوباً فصبغه أحمر واخترز به هذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وان كانت مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقيده بذلك تحججاً للقول (وقد ظهر بما ذكرنا في مسألة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليقها (في السويقي) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويقي من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويقي لان السويقي يتفاوت بالقياس مثلياً وقيل بالقياس من القيمة (المثل سماء به) أي سمي المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغمصوب وذ كر الضمير في منه وبه يتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بني فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ به ثوب لرجح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ايضاً من الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شارب الثوب باعده ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعيين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويقي غير أن السويقي من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويقي لان السويقي يتفاوت بالقياس مثلياً وقيل بالقياس من القيمة (المثل سماء به لقيامه مقامه والصفرة كالجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا الاختلاف عنصر وزمان وقيل ان كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالجرة وقد عرفت في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً تنقصه الجرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان احدي الخمسة جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشابحة اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدر روي في قوله واذا غصب عقاراً فهل لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضاً وقال بعضهم لا يتحقق فيجب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماء غصباً كما في قوله تعالى الا ابليس ولا يعضد ولا يتكلم الا بالحق (أقول) قد مر من قبل أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغمصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما اختلف صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام يحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفاً فلا وجه لبداهة عدمه ودال السؤال على قوله ومن غصب أرضاً على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلن وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماء غصباً فله وجهه ولكن فيما ذكرناه من الخلل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

(٤٩ - تكمله سابق) معناه ان نظر الى ثوب يزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخسة بالخسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

﴿فصل﴾ لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان ثم عرّف في ذلك مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالملك بالخيار أن شاء صبر إلى أن توجد وإن شاء ضمه فقيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كمال غصب مدبر أو غيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا الملك البدل وهو القيمة بكالها) يعني بداء ورقة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابله ودخل في ملك صاحبه البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الثاني بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فإنه قال في الأسرار قال علماءنا رجحهم الله الغصب فيبد الملك في المغصوب عند القضاء بالضممان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المدسوط وهذا هو السبب لكان لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٩) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله هذا الإسلام الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

﴿فصل﴾ ومن غصب عينا فغيبها فضمه الملك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكالها والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قديمه نسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو أدب المصنفين كذا في النهاية وذكر صاحب العناية أيضاً بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضممان كما يشعر به هناك عتوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمه الملك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضممان صريحاً (قوله وقال الشافعي لا يملكها إلا الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكالها والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية به شرح كلام المصنف وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً اهـ وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فإن عدم مناسبتها لا يوجب منافعها أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب اهـ (أقول) كيف لا يوجب منافعها عدم مناسبتها تعليل وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا بما من لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا من تزيف به دليله فإن قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكالها الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غاية أنه أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله

إذا تم الملك بذلك السبب
علاكم الزوائد المتصلة
والمنفصلة ومع هذا في هذه
العبارة بعض الشبهة
فالغصب عدوان محض
والملك حكم مشروع
مرغوب فيه فيكون سببه
مشروعاً مرغوباً فيه ولا
يصلح أن يجعل العدوان
المحض سبباً له فإنه ترغيب
للناس فيه لتحصيل ما هو
مرغوب لهم به ولا يجوز
إضافة مثله إلى الشرع
وقيل فيه نظراً لأنه
لا يراد بكون الغصب سبباً
للملك عند أداء الضمان أنه
يوجب مطلقاً بطريق
الاستناد والثابت به ثابت
من وجه دون وجه فلا
يظهر أثره في ثبوت الزيادة
المنفصلة وقوله (نعم قد
يفسخ التدبير بالقضاء)

جواب عما يقال لأن سلم أن المدبر لا يقبل النقل فإن مولاه ولو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقرير القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفاً للتمن لا المدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

﴿فصل﴾ (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فإنه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً) أقول فيه بحث فإن عدم مناسبتها لا يوجب منافعها أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجهه دون وجهه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عينه) اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيه اقول الغاصب مع عينه (الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبت به بالجهة المزمعة) فان عجز عن اقامة البينة وطلب عين الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتنفت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكرنا وصف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجي بهم او يرد بها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلو اني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها ووصفها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يأتي من الشهود ومعاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف (٣٨٧) المغصوب فسقط اعتبار علمهم

بالاوصاف لاجل التعذر وينت بشهادتهم فعل الغصب في محله هو مال متقوم قصار ثبوت ذلك بالبينة كقبوله باقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فاما

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عينه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه (الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبت به بالجهة المزمعة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع عينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها لعدم الجهة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا

الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو عدوان محض سبب الملك كما ذكره الشافعي في تعليقه فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما تركنا منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عندنا مكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف عما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه (قوله الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب عين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالمضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالمضمنه بقول الغاصب مع عينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قيل أخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى (أجاب بقوله) (وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الجهة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عينه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه تتوفر عليه بدل ملكه بكمله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزال العين عن ملكه حيث لم يعط له ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

(قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما هي في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبد ابتاعه الخ) ومن غصب عبد ابتاعه فممنه المالك قيمة فقد جاز بيعه وان أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يبرئ عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا ينظر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكره الناقص يكتفي لنقص البيع دون الاعتاق بالنص كماله المالك

قال (ومن غصب عبد ابتاعه فممنه المالك قيمة فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يبرئ عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا ينظر في حق الأ كساب دون الأولاد والناقص يكتفي لنقص البيع دون العتق كماله المالك قال (وولد المغصوبة وغاؤها وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن ملك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكيها فممنه الأية) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لو جرد الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كفي الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبيعة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسبي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيماد كروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لأن الاتحاد يثبت ما في هذه الجهة كافي في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا جرد المالك عن إقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفه وليس مقصوده من إقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيارة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة الاتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عينا في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبره إذا تظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا لا محلو كالأمة لا محله أنه يصح اعتاقه وتدبره فيسلم أن يكون مالا لا محلو سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكتفي أن يكون ملكا وأن المالك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذکور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لأن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقد باع اتق الغاصب ثم يضمنه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم يضمن الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الأصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفصولي (وولد المغصوبة وغاؤها) كالسمن والجمل وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدى أو بالجور عند طلب المالك) والأ كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غناه في شيء حتى تضمن بالتعدى لما أنهم اعوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا يدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حصد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن

هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول ما إذا كتب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجور فيها فمن نفسه لانها كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

(قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الرزق إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين غصب أوبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأمر وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمه فلم يصدق عليه ثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم نطاهر إذا الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منع بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أنقله أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم يتحقق العلة المذكورة فيما كان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وان لم يزل يدا المالك بل أزال يد الغاصب والملة قطا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن (٨٩) الاموال بالاتلاف تسببا كخبر البئر في غير المالك وليس معه ازالة

ولو اعتبرت بابتة على الولد لا يزيلها اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أنقله أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية

ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت بابتة على الولد لا يزيلها اذا الظاهر عدم المنع) أقول عند انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازالة اليد المالك عن أمه مستلزما لازالته عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالته عن أجزائه فلا يتصور اذ ذلك أن يقال ولو اعتبرت بابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذا الظاهر عدم المنع لأن منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن إفادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمنا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالمتعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي محتاج الى المتعول به في التعلق والوجود جميعا

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولدا الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان أمنا في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم نطاهر) أقول فيه بحث فان ازالة عن الكل ازالته عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولدا المغرور حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حيث لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا مع أن المستلزمين الأولين دلتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بتكرار الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرره هذه الجناية) فإنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويتصور أن يكون معناه يتكرر وجوب الأرسال بتكرره هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالإعانة والامانة بالنقص فلا ينبغي بمعاذ فوقها وهو إثبات البدعي مستحق الأمن أولى) قال (وما نعت الجارية بالزلادة الخ) ما نعت الجارية (٣٩٠) بسبب الزلادة في يد الغاصب وفي ضمان الغاصب فلو غصبه ففردت عنده فقات

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالإعانة والامانة فلا ينبغي بمعاذ فوقها وهو إثبات البدعي مستحق الأمن أولى وأخرى قال (وما نعت الجارية بالزلادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الزاد وقام به انجبر النقصان بالزلادة سقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجر النقصان بالزلادة لأن الولد ملكه فلا يصلح جابر المملوك كفي ولد الطيبة وكذا إذا هلك الولد قبل الرد وأمات الأم وبالولد وفادها كما إذا برز صرف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالقاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الإضافات بالمضامين ورده قول صاحب الكشف أن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لا امتناع في قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كإي وصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن بوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضنون فقوله هو لا الشراح فإن وصف به المال كان مجازا ممنوعا جدا وقال صاحب العناية فإن قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تحق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يبدل المالك بل أزال يبدل الغاصب وكلما قطع إذا لم يشهد مع القدرة على الأشهاد ولم يزل يبدل والمغرور إذا تمتع الولد يضمن به الولد ولم يزل يبدل في حق الولد ويضمن الاموال بالانلاف تبعا لحقر البئر في غير الملك وليس ثمرة الزلادة أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا أن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا ثبت كل شخص منته بشخص من العلة عما يكون تعدد إلى غنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لأنه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقيق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما إذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بمجاز كرنال لتحقيق في زوائد المغصوب فلم يوجب الضمان فيها ولا شئ أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على القطن فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعرأج الدراية فإن شئت فراجعهما (قوله) ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرره هذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخنا ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الأرسال بتكرره هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه وفي الغصب إذا

أرسله فعليه رد الجارية ورد نقصان الزلادة الذي ثبت فيها بسبب الزلادة لأن الجارية بالغصب ذهبت في ضمانه بجميع أجزائها وتدفات جزء من مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالأفان كذا فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارية لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رجعهما الله لا ينجر النقصان بالزلادة لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا للملك كافي ولد الطيبة أخرج من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فإنه لا ينجر به أبلا يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم وكذا إذا هلك الولد قبل الرد وأمات الأم وبقيمة الولد وفادها كما إذا جزى صرف شاة غيره فثبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فردت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجر الصوف بالصوف

والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه (قوله معناه يتكرر وجوب الأرسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الزلادة الذي ثبت فيها بسبب الزلادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع إلى الجارية وقوله بسبب الزلادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجر

وصل

ولأن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف وعند ذلك لا بعدة نقصانا
فلا يوجب ضممانا

ولأن سبب الزيادة والنقصان
واحد وهو الولادة عند ما
والعلق عند أبي حنيفة
رحمه الله على ما عرف ذلك
يعني في طريقة الخلاف
وقيل في مسألة من غصب
جارية وزنى بها على ما يجيء
وعند ذلك لا بعدة نقصان
نقصانا لأن السبب الواحد
لما أثر في الزيادة والنقصان
كانت الزيادة خلفا عن
النقصان كالبيع لما أزال
المبيع عن ملك البائع
أدخل الثمن في ملكه
فكان الثمن خلفا عن ماله
المبيع لاتحاد السبب حتى
أن الشاهدين إذا شهدا
على رجل يبيع شيء بمثل
قيمه فقضى القاضي به ثم
رجع عالم يضمنا شيئا وهذا
لأن الفوات إلى خلف كلا
فوات

وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد
إلى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا إلى هنا لفظ النهاية واقفت أثره كثر الشراح في تجويز المعنيين
المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول ومنهم صاحب العناية حيث
قال في شرح هذا المجل وله ذاتية تكرار الجزاء بتكرار هذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب
إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجب أن
يكون معناه بتكرار وجوب الإرسال بتكرار هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم اه كلامه
(أقول) لا جواز عند أبي المعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأول كما زعم صاحب
النهاية فإن قول المصنف يتكرر بتكرارها متفرع على قوله فهو ضمان جنائية كما ترى ولا يصح هذا
التفرع على تقدير جعل قوله يتكرر بتكرارها على المعنى الثاني لأن تكرار وجوب الإرسال بتكرار
الإخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظئيمة ضمان جنائية لا ضمان غصب فإن
تكرر وجوب الإرسال بتكرار الإخراج من الحرم ينظم كون ضمان ولد الظئيمة ضمان جنائية وكونه
ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على
ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيدا لحرم إلى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب إلى يد
المغصوب منه وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من
شيء ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر توقف (قوله ولأن أن
سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم
أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية إلى أن قول المصنف على ما عرف إشارة إلى ما يجيء في مسألة
من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة
الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الأول أيضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة
الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اه (أقول) لا مجال عندى للعمل على
الأول أصلا لأن المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى
بها بسبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح
حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا ترى إلى قول المصنف فيما سأل في وتخريج الثانية أن
الولادة ليست بسبب لموت الأم ألا تنقضى إليه غالباً اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا
لموت الأم ويعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه
كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم إن المعروف في الحوالة على
ما يجيء أن يقال على ما يجيء وأعلى ما يعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم
يعرف قط فالوجه هو المجل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا بعدة نقصانا فلا يوجب
ضممانا) لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما
أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لاتحاد السبب حتى
أن الشاهدين إذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجع عالم يضمنا شيئا وهذا لأن
الفوات إلى خلف كلا فوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب للنقص عن أصل دليله وهو أن
الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف
أشار إلى جوابه بقوله لا بعدة نقصانا فإنه إذا لم يعد نقصانا لم يحتج إلى جابر فإطلاق الجابر عليه توسع هذا

وصار كما اذا غصب جارية سمينية ثم هزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلاف (قوله وولد الطيبة ممنوع) جواب عن قوله ما وتقرر به لان سلم أن نقصان
الطيبة بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم أن الأم اذا ماتت لا تنجبر بقيمة باقية أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية
وأما تنجربها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وهو هنا ليس كذلك فان الولادة بسبب الزيادة وليست بسبب موت الأم
اذ لا تنقضي اليه غالباً وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على
ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كردد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان
يجبورا بالولد فكذا اذا ورد قيمتها (و بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم
بنقصان الولادة على منجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكاً كيف ينجر النقصان به وانحصار لا يعذر زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم
يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلاً بجعل النزاع فان قيل
المذكور جواب المستشهدها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله
أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٣) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً واذا لم يكن نقصاناً لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

وصار كما اذا غصب جارية سمينية فتهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده
وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الطيبة ممنوع وكذا اذا ماتت الأم
وتخرج المأتمنة أن الولادة ليست بسبب موت الأم اذ الولادة لا تنقضي اليه غالباً وبخلاف ما اذا مات الولد
قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه وانحصار لا يعذر زيادة لانه غرض بعض
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجرح وسبب الزيادة
التموت وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية قرني بها فحبلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علققت ولا ضمان عليه في الحره وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة
أيضا) اهـ ما أن الرد قد صح

زيدة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منطوقه فيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ
وضع مسئلنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لا أن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصاناً سوى
انحمار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطمة في شرح قول المصنف وعند
ذلك لا يعد نقصاناً كما هو ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعوا لم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجهه لأن
يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصاناً موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصاناً
الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصاناً موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتاً وحاشا
لأننا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينية فتهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)

العبارة فان قيل لو كان الولد
خلفاً وبدلاً عن النقصان لما
بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه
بضمين الغاصب لئلا
يجتمع البدل في ملك
واحد أجيب بأنه ملك
المولى لا محالة ومن حيث
الملك ليس يبدل بل هو
بدل من حيث الذات فاذا
ارتفع النقصان بطلت
الخلقية وبقي في ملك المولى
فان قيل الولد عنده أمانة
فكيف يكون خلفاً عن
الضمون فالجواب ما أشار
اليه المصنف رحمه الله من
عدم عده نقصاناً لتضمينه
وهذا الجواب صالح لرفع
عن السؤال الثاني أيضاً فقلته

درا المصنف ما أطفه ذهنا جزاء الله عن المحصلين خيراً قال (ومن غصب جارية قرني بها) قال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتقبل فتعوت في نفاسها قال هو ضمان لقيمتها يوم علققت وليس عليه
في الحره ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا ضمان عليه في الأمة أيضاً اذا ماتت في نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف في قوله
ثم يردها فتقبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة التسخيم بتقديم الحبل على الرد لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد قال الرد قد صح
لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم بصلته حيث ملكت بسبب كان عنده

قال المصنف (أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال الزيلعي أو قلها للغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانه اغنه اهـ
وفيه أن السبب ليس بمختل والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد
نقصاناً الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري
ماله بماله وقد صرحه تفصيله في باب المراهجة والتولية فراجع (قوله لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمين
الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهالك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. كما إذا جئت في يد الغاصب ثم ردّها فله ملكة أوزنت في يد الغاصب فردّها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل (ولا يضمنه رجة الله أن الرد لم يكن صحيحاً لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجدها هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التالف وردّها وقيم ذلك) فصار كما إذا جئت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنانية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الخرة إذا زني بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب (٣٩٣) على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذته عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجب ردّها فكان تمثيل ما لم يوجب بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول العين إذا لاوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهالك في يده وأما الغصب فالأوصاف داخله فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهرلت في يد الغاصب وردّها كذلك فانه يضمن النقصان وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها

والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا جئت في يد الغاصب ثم ردّها فله ملكة أوزنت في يده ثم ردّها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيه ذلك فلم يوجب الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما إذا جئت في يد الغاصب جنانية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنانية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الخرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الأولى وثبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جزوف شاه وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تلك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضاً ثم أقول في الجواب أن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما عومد على الخصم إذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصاناً كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما إذ لا وجه عنده أصلاً أن لا يعد النقصان نقصاناً ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصاناً فلا ينسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصاناً أولى كالأختي فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه ويأينه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصاناً للتجارية بالارباب والكلام في نقصان الجارية المنصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئاً فيما نحن فيه (قوله والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٥ - تكمله سابع) ردّا فاسداً وأما إذا جئت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما به من الحي والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو من كبة منه ما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

قال المصنف (وردت وفيه ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق أنقاه من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب موت الأم فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزبيدي وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلًا بسبب وجود في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضاً تسليمه بوصف السلامة (قوله إذا الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحي والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحي المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهم ما أوزنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي رجده في يد الغاصب انما يوجب الجسد المؤمل لا الجرح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجسده متلف كان غير ما رجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا يفرق في المذبحين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطّلها انك كما قال أبو حنيفة رحمه الله (الشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها باعتراف آدمي خلق لمصلحة لا آدمي ويجري فيه النفع والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالغصب) لان العقد لا يجعل غير المتقومة مقوما كالمورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرّض لاتبقي) وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الادفع لحاجته الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا

والزنا سبب الجسد المؤمل لا الجرح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا الآن بنقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجرة المثل ولا فرق في المذبحين بين ما اذا عطّلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها فيجب أجرة المثل وان عطّلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرّض لاتبقي فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا يبقاؤها

سبب اللهلاك وقد صرح فيما مر بأن السبب بسبب الموت حيث قال وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرّض لاتبقي فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) اقول أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بقبالة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالإجماع ولم أر أحدا حارم حول جواب هذا الاشكال مع ظهره وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسألة الاجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بقبالة المنافع بل بقبالة التمكن من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكنه من ذلك طريقا لا وصولا الى استيفاء المنافع وأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حوز وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون محلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تعليق المنافع بعوض وقوله هم والقياس بأبي جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنفق الاجارة ساعة فساعة على حسب سدوت المنافع لأن المعارضة تقتضي التساوي والمالك

سدوتها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا يبقاؤها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان الممانلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالdraهم التي تبقى فدل على أن الممانلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي للتييم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الاول بان الممانلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

لا بين باق وأبقي فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبيع الى دون الآخر عن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله لانها أعرّض لاتبقي) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها اترد مع أصلها (قوله وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام ممثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتشوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي الممانلة بخلاف ضمان العدو وان فاه يبتنى على الممانلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقح ساعة فساعة على حسب حد وثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العدة اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كل هاتين عبارتي متعذر تأمل تقف ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المدكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حددت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبي جوازها الا أنهم جاوزت على خلاف القياس بالنص استئسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحد وثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المأجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فقد بر (قوله ولأنهم الاتعائيل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ما لا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمسمى عدم مضمونيتها أصلاً فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور وتقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا أنه ورغصها فلا يمكن تضمينها لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لأنهم الاتعائيل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وتبين والعين تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمنان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يجوز أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعثدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أناف ما يسمع اليه الفساد فانه يضمه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلا تنويره بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن العقد والرضا تأثير في تجوز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعاً ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختار ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورته عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستعماله بعض أجزاء العين

(وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلة التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتناول الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يتي غير متصور بل يتقوم لضرورته دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقدي المتنازع فيه (الآن) أي لكن (ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستعماله بعض أجزاء العين) والله أعلم (قوله أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت الخ) أقول

بحوهر وعرض يجوز أيضاً بالعقد كما إذا استأجر من منفعة دار مثلاً ليدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدو أن لا تنصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلا يجوز شراء الشراء بدراهم اليتيم الوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدو وأن دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضاً كذلك فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم الوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيباً في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم الوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب الغاية في تفسير هذه المآخذ أي العلة التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتناول الأعيان الخ اهـ (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الأمرين ولا شك أن العلة التي كانت مناط الحكم هي ما ذكره أولاً وثانياً وثالثاً بقوله الزبورة لأمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية هي ما أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولاً بقوله أنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بأنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بأنها لا تتناول الأعيان والشروط في ضمان العدو أن المماثلة بالنص اهـ أقول بردي على ظاهره أن العلة التي هي مناط الحكم هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بتأويله كما عرفت أنفاً فإمعني قول هذا السارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بهما ذلك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ ما أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ هي ما ذكره أولاً بقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ خذها وتعينه فكانت قال أراد بتعني المآخذ خذها هي ما أراد بما صدق عليه المآخذ خذها هي ما أراد بذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهما ذلك المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف ومال اليتيم وما كان معدلاً لاجازة مع أن الحال المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بهن في تلك الصور أيضاً (فإن قلت) العلة المذكورة على وفق القياس والقول بضمنان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الموقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك الحال بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم مكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدو على المماثلة بالنص والاجماع فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً

(وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلة التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتناول الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يتي غير متصور بل يتقوم لضرورته دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقدي المتنازع فيه (الآن) أي لكن (ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستعماله بعض أجزاء العين) والله أعلم (قوله أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت الخ) أقول فيه بحث

﴿فصل في غصب ما لا يتقوم﴾ لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق النص ^{بمقتضى بين غصب ما لا يتقوم} باعتبار عرضية أن يصير متقوما لما باعتبار ديانة المخصوص منه بتقومه أو بتغيره في نفسه الى التقوم (قال وإن أنلف المسلم خمر الذي أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم واتلاف الذي خمر الذي واتلاف المسلم خمر الذي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع وأما في الاخيرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها

الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لانهم أقباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باقى حقهم اذ الخمر لهم كاخلل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما عير به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لثديتهم بذلك

﴿فصل في غصب مالا يتقوم﴾ قال المصنف (واذا أنلف المسلم خمر الذي أو خنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لصدر

﴿فصل في غصب ما لا يتقوم﴾ قال (واذا أنلف المسلم خمر الذي أو خنزيره ضمن قيمته ما فان أتلفه ما للمسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنه المالك الذي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفه ما ذى ذى أو باعها ما الذي من الذي له أنه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أقباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مالا متقوما وهو الضمان ولنا أن التقوم باقى في حقهم اذ الخمر لهم كاخلل لنا والخنزير لهم كانشاة لنا

﴿فصل في غصب ما لا يتقوم﴾ قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما لما باعتبار ديانة المخصوص منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه الى التقوم اه كلامه وقد اختلف في أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان مالا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه له لا اعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع ابا عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشراح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه ومنهم الشراح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باقى في حقهم اذ الخمر لهم كاخلل لنا والخنزير لهم كانشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام وتسمك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باقى في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أقباع لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فسدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعائنا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فنأين يثبت الرخا والاثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايमान والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق المؤمن في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فيختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالمطاب الدال على عدم تقويم الخمر والخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

الاسلام لو أنلف المسلم على ذى خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدروري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أتلفه ما ذى ذى) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

وفن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيوف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد
تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباعنا في الأحكام فإن عررض الله عنه حين سأل عما إذا تصنعون بما عير به أهل الذمة من الخمر
فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو لهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا مة ومافي حقهم
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكر ما أحدث في محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح
وأما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالعمالات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعيم لهم أيضا
وأما فيما لا يتحمل فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقدمة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شرعنا والاصل أن ما ثبت يبق إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجنّبوه وقد في حقنا دليل السباق والسباق فبق في حق من لم يدخل
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعيم للكفار أيضا
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غايه البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي أحلالا على الكفار كنسكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد
التحريم خاصا في حق المسلمين فبق حلالا في حق الكفار فكذا ههنا لا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين
في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انموا الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل
الشيطان فاجنّبوه لعالمكم تغفون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق
أهل الذمة وكذا الخنزير فأنجز في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة
شرعا فكان كل واحد منهما مالا مة ومافي حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما مامتنع
به حقيقة صالح لا قامة منه لحمة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الإطلاق إلا أن الحرمة في حق المسلم
ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا للمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله
تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة لأن الصل لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لاناسب المنازعة والمنازعة سبب
الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا إن الحرمة ثابتة في حقهم
كما هي ثابتة في حق المسلمين لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على
ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا مة متقوما
في الحال فهي معرضة أن تصبح مالا مة متقوما في الثاني بالتخل والتخيل ووجوب ضمان الغصب والتلاف
يعتمد كون الحل المغصوب والتلف مالا مة متقوما في الجملة ولا يوقف على ذلك الحال لا يرى أن المهر والخش
وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالبيع
عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد دافوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلم يمتار ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب
والإتلاف يقضي إلى التعرض لأن السفه إذا علم أنه إذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كأحداث البيعة
والكنيسة وكر كواب الخيل وحمل السلاح فانهم منعون عنها على ما عرفت في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم
على الترك (والسيوف موضوع) يعني لا يجبرون
على الترك بالإلزام بالسيوف
لعمدة الذمة وحينئذ تعذر
الإلزام على ترك التسدين
فبق التقوم في حقهم وإذا
بق فقد وجد تلاف مال
مملوك متقوم وذلك يوجب
الضمان بالنص فيضمنه
ونوقض بما إذا مات المجوسى
عن ابنتين أحدهما
أمر أنه فأنه لا يستحق
بالزوجة شيئا من الميراث
مع اعتقادهم صحة ذلك
النكاح وصحة النكاح
توجب تورث المرأة من
زوجها في جميع الأديان
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد
في ديانتهم ثم نتركهم وما
يدينون وأجيب بأننا نسلم
أنهم يعتقدون التورث
بأنسجة المحارم فلا بد له
من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ)
أقول أي ترك ما يدينون
(قوله وأجيب بأننا نسلم)
أنهم يعتقدون التورث
(الخ) أقول فيه أنه مراد
الناقض أنا إذا حكمنا بينهم
على شرع الإسلام لطايمهم
ذلك لا نورثها

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان احدا من أهل الاديان لا يدين بقوله ما
الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية) وتذكر التمهيد في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تخليكه لكونه اعزازا
له) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تخليكهما وتخليكها فان جرت بينهما مبايعة (٣٩٩) جازاهم التملك والتملك وان

استهلكوا بعضهم لبعض
جاز تسليم مثلها وتسليمه (قوله)
وهذا بخلاف الربا متعلق
بقوله لان الذي غير ممنوع عن
تمليك الخمر كذا قيل والاولى

أن يتعلق بقوله نحن أمرنا
أن نتركهم وما يدينون الى
آخره لاتساق ما بعده من
العطف حينئذ (وقوله لانه
مستثنى من عقودهم) يعني
بعدم الجواز لقوله صلى الله

عليه وسلم الامن اربى فليس
بيننا وبينه عهد وذلك لانه
فسق منهم لا تدين لثبوت
حرمة الربا في دينهم قال الله
تعالى وأخذهم الربا وقد
نهوا عنه (وبخلاف العدد
المرتد للذي) فان المسلم اذا
ألفه لا يضمن شيئا وان كان
اعتقاد الذي ان العبد المرتد

مال متقوم وهو وايضا في
الحقيقة مقبوس عليه للشافعي
رحمه الله ووجه الجواب (أنا
ما ضمنناهم ترك التعرض)
للعبد المرتد للذي (لمافية)

أي في ترك التعرض (من
الاستخفاف بالدين) بالترك
والاعراض عنه واستشكل
هذا التعليل بما اذا ألفت

على نصراني صليبا فاه
يضمن قيمته صليبا وفي ترك
التعرض استخفاف بالدين
وأجيب بأن ذلك كفر أصلي

فالنصراني مقرر على ذلك
بخلاف الارتداد
(قوله قوله وهذا بخلاف

بخلاف الميتة والدم لان احدا من أهل الاديان لا يدين بقوله ما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من
ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تخليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان
الذي غير ممنوع عن تخليكه الخمر وتخليكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد
المرتد يكون للذي لان ما ضمنناهم ترك التعرض له لمافية من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه
الصلاة والسلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما ساقى بيانه عن قريب قال صاحب العناية
أخذ من النهاية وفوقه بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجة شيئا
من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع
الاديان اذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب باننا لانسلم أنهم يعتقدون
التورث بانسكة المحارم فلا بد من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن
مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلهم ذلك لانورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير
حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم تورثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلهم ذلك لعدم
ثبوت اعتقادهم التورث بانسكة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة
اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يمنع بالرق واختلاف الدين مع صحة
النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بانسكة
المحارم وطالبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقص
بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول ببق ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقص
حينئذ مسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع أن وجوب
تورث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذ لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس مانعا عن
الإرث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا)
متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تخليكه الخمر وتخليكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب
العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من
العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع
كونها مما أتى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون
لان الربا ما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقامتهم لا تدين لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى
وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا
بخلاف القول نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كالا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول
المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون بصير المعنى وهذا أي قوله
ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة اختلاف
بينهم ما كايينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذي غير ممنوع
عن تخليكه الخمر وتخليكها كذا ذهب اليه جماعة من الشراح فيه صير المعنى وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا
عن تخليكه الخمر وتخليكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

الربا متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تخليكه الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ
فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أخرنا أن نتركهم وما يدعون يعني لما أخرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحيث يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنفك متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأن سلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة (٤٠٠) دال على تركهم المجهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن

وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خراجاً نخلها أو جلد ميتة فدبغها فله صاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء) يأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه (والمراد بالفصل الأول إذا خالها بالنخل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دبغها بحالة قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل يطهره بغيره بخلاف غسل الثوب الخس فيبقى على ملكه إذا ثبتت المملوكة به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة ما يأخذ الخل بغير شيء) يأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وإن استهلكه ما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خراجاً نخلها أو جلد ميتة فدبغها فكل منهما على وجهين لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بمخلط شيء وبمالة قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنخل من الشمس إلى الظل ومنه إليها أو دبغ بالقرظ بفحنتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فإما أن يكون الخل والجلد باقيين أو لا فان كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في

وان كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة إلى ما ذكر من الخمر والخزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لأنه ان كانت الاشارة بهذا إلى الخمر والخزير بتأويل ما ذكر كإزعجه بصير المعنى وهذا أي ما ذكر من الخمر والخزير ملتبس بخلافه بالافلاقي لتعلق قوله وهذا بخلافه بالبقوله فيضمنه معنى وان صير إلى التقدير بأن يقال المراد بهذا بخلافه الباقي الضمان فيحصل نوع تعاقب بقوله فيضمنه فلا يكون سديداً أيضاً لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا بما لا أساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية قلن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أخرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحيث يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنفك متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأن سلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركهم المجهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن الدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأن سلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركهم المجهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين إلى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جداً أما أولاً فلا لأن القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئاً من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذ ما حكم به القاضي أصلاً كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلاً مما يخالف

الكتاب وهو خير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضى الله الكتاب عنه وقال يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه

(قوله ولقائل أن يقول لأن سلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الأولى استحلال متروك التسمية بخلاف النص الكتاب وانخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب إلى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخلل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتفاق ويجب مثله لأن الخلل من ذوات الأمتثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مسدوباً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه .

وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجموع عليه لا يحتاج الى دليل لأن دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (وقوله أما الخلل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني إذا غصب الجلد من منزله فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً وإذا كان باقياً على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

الكتاب بالحكم بحل مستر وك التسمية عامداً فإنه مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في مستر وك التسمية عامداً فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانياً فلأن حاصل الجواب المذكور أن علة الأمر بالتزك في قوله عليه الصلاة والسلام أتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لدلالة ولا قياساً ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى وإن حديث تنفذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجموع عليه لا يحتاج الى دليل لأن دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اهـ (أقول) هذا ليس بسديد لأن الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الأمة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلاً عليه والنظر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبه في ما ذكرنا من مسألة الاستهلاك لا اجماع الأمة الذي هو من الأدلة لأن هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه وكيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالكاً والشافعي وأحمد لم يخلت الخيرة بنفسها وهذا في يد الغاصب يضمن وأما إذا تخلت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اهـ فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكاً من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الأمة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لأن دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو ما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضاً لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي اهـ كلامه (أقول) ظهوره هذا الدليل المفصل الدائر على التردد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخلل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكيفية في شيء من المسائل ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا فنفسها مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك اليه قطعاً قوله في إنشاء ذلك وبهم هذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جداً لأن سلم أولاً أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك وإن سلم ذلك فكون

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقرر به أن الجلد كان قائما واجب على الغاصب رده إذا قوت الرد خلفه قيمته كافي المستعار
بشأنه بالاستعمال لا بالملك وبهذا عارض القائل بأن لا يرد له نفسه لأنه لا يرد له من حيث هو هناك قال الإمام نثر الاسلام رحمه الله وغيره في شروح
الجامع الغاصب فيه محمول على اختلاف الجففس يعني أن الثاني قوم الجلد بلدهم (٤٠٣)

ولا رد واجب الرد إذا قوت عليه خلفه قيمته كافي المستعار وبه إذا عارض القائل بنفسه رده ولو لم
يكن ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجففس أما عند اتحاده في طرح عنه ذلك التقدير ويؤخذ
منه الباقى لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه وله أن تقوم بحل بصنع الغاصب وصنعه
متقومة لاستعماله مالا مئة وما فيه وله أن يكون له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فيكون
والجلد تبع له في حق التقويم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذلك التابع كما إذا علك من
غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك وله
قبليها وإن لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لأن التقويم فيها كان تابا قبل الدباغ والصبيغ فلم
يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع
فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه وأعطاه المالك ما زاده
الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر
للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال
في حل هذا المحل أن الاستهلاك جنائية موجبة للضمان في محل هو مال منقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد
على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كافي الثوب الآن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب
للضمان أيضا فإنه أن يضمنه بأى السببين شاء وهما السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان
فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغصب منه أن يضمن
المستهلاك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه إلى هنا كلامه (قوله ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذلك التابع كما إذا علك من غير صنعه) قال صاحب العناية في شرح قوله كما إذا علك من غير
صنعه فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والألف الغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) فيه نظر
اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو
الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والألف الغصب موجب للضمان
في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي
هناك كحقيقته في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل
ذلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجب للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك إنما هو عند
تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة
الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وإنما يصير
متقوما بالدباغ وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فدباغه حين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعي المرجح
للضمان فيما نحن فيه بالارباب ويؤيد عقائنا أن الخمر المتخلة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك
بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقويمها ولو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبريا بدون

الجامع الغاصب فيه محمول على اختلاف الجففس يعني أن الثاني قوم الجلد بلدهم (٤٠٣)
والدباغ بالذكي ما يردت من
الغاصب النجاسة وبأخذ
ما زاد الدباغ أما إذا قوت
بالدرهم أو غيره في طرح
عنه ذلك التقدير ويؤخذ
الباقى لعدم الفائدة في الأخذ
منه ثم في الرد عليه ولا ي
حقيقة رحمه الله لم نعلم أن
الجلد مال متقوما بنفسه
وأما حصل له التقويم بصنعة
الغاصب وصنعه متقومة
لاستعماله مالا مئة وما فيه
وله أن كان له أن يحبس حتى
يستوفي ما زاد الدباغ فكان
التقويم حقا للغاصب وكان
الجلد تابعا للصنعة الغاصب
في حق التقويم ثم الأصل وهو
الصنعة غير مضمون عليه
فكذلك التابع لا يلزم مخالفة
التبع أصله كما إذا علك من
غير صنعة فإن عدم الضمان
هناك باعتبار أن الأصل
وهو الصنعة غير مضمون
فكذلك الجلد والألف الغصب
موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك (قوله بخلاف
الرداخ) جواب عن قولهما
ولانه واجب الرد وتقرر به
أن وجوب الرد حال قيامه
لأنه يتبع الملك والجلد غير
تابع للصنعة في حق الملك

لشئونه قبليها وإن لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقويم والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة
فكذلك ما يتبعه أو الردية الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما
كما إذا غصب ثوبا وأقسم الذكي استظهاره لأن التقويم فيها ما في الذكي والثوب كان تابا قبل الدباغ والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة
والتقويم موجب للضمان

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه بجزء الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه

تحقق الغصب الشرعي موجباً للضمنان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التتوّم للأخوذ بعد الإخذ كذا في تحقيق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخلّلة بنفسها في يد الآخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الأجماع ثم أقول للمظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقاً علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفاً في الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور وهو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذلك التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سبباً أيضاً في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهم ما والا فالغصب موجب للضمنان في الهلاك والاستهلاك فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيه سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب للضمنان هناك بانتفاء هذا السبب لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قوله ما والا فالغصب موجب للضمنان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك أي مطلقاً بخلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعاميل هذا القول الاتفاقي بقوله لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندي فإنه لا يتمشى على أصل الإمامين إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبيغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ والمراد عما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بخلاف بأن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن عدم تقوّم جلد المنة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالا متقوماً بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوماً بالدباغ باقياً على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبيغ الثوب لأن الصبيغ في الثوب باق بالدباغ في الجلد تأمل (قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه بجزء الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وبما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمنين في صورة تعدي قيم الغاصب جواز قيم المالك كذلك (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب بل من جهة العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) (بلا خلاف) لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافاً لدليل المخالفين ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه بجزء الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفاً وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وبما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمنين في صورة تعدي قيم الغاصب جواز قيم المالك كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهم ما قيل به من قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد مدبوغ غير مدبوغ هذا كله اذا دبرغ ماله قيمة وخلل بغير خلط شيء أما اذا دبرغ بماله القيمة كما اترا ب والشمس فهو صاحب بلاشي لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزل بل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ماله صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المسألة والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالمال المخل فيه قال المشايخ رحمهم الله صار المخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد المخل فيه كما في دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن منه قول آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان المخل صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قبل اشارة الى القولين المذكورين في دباغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أى أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان المخل مشتركا بينهما فاذا ألتفه فقد ألتف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خلل المقصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعنى ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولودبغه بماله القيمة كما اترا ب والشمس فهو مالك بلاشي لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا يفردها واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفتة ولو خلل الخمر بالبقاء المخل فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد المخل فيه بمنزلة دباغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن المخل من الخمر وان أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قيل وقيل في دباغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في دباغ الجلد ولو خللها بالبقاء المخل فيه فافهم محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصير خلا لا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيله مالا ان خلط الخمر بالخل في التصدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه ألتف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه ألتف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ المخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يملكه ذلك فكان السبب الاصلى للجزء الغاصب عن رده فعل نفسه لا يرى أنه لودبغه بماله القيمة له وكان هو مالك بلاشي كما سيجي ولم يكن للمالك تركه عليه وتضمنه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ في كيفية التضمن على قولهم ما قيل به بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) غررة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرَح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكى غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجر وجواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ المخل بغير شيء ومعناه في أن بعضهم جاءوه على الوجه الاول وهو التحليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ المخل في الوجوه كلها وهي التحليل بغير شيء والتحليل بالبقاء المخل وبسبب الخل في الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشك هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غير بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه ملكه فيتعين الضمان والخل كذلك زال اسم الخمر ومعظم ما يقصده من الأغراض بفعله وهو القاء المخل ونحوه فينبغي أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه يتخلل بنفسه لان في طبيعته أن يتخلل بنفسه والمخل أمر ماله لا يستتبع بحسب اختلاف المخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالمناافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو من مارا أو دفا أو أراق له سكر أو منصفاه هو ضامن ويبيع عنه
الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في
الدف والطبل الذي يضرب بالهوف أو ما طبل الغرارة والدف الذي يباح ضرب به في العرس يضمن بالاتلاف من
غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للشيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف
ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو بالذوق عن أبي حنيفة روايتان في التضمن والبيع
لهم أن هذه الاشياء أعدت للعصية فبطل تقويمها كالخمر ولأنه فعل مأفعل أمر بالمعروف وهو تأمر
الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل باذن الامام ولا يضمن حنيفة أنها أموال لصاحبتها لما يحل من وجوه
الاتفاق وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط
التقويم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف بالية ذاك الامراء
لقد رتبهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كافي الجارية المغنية والسكش النطوح
والجمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هو في
السكر والمنصف تجب قيمتها ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جازوه
بخلاف ما اذا اتلف على نصرا في صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقرر على ذلك قال (ومن غصب
أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال يضمن
قيمتهما لان مال المدبرة ممتقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما ممتقومة والدلائل
ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا
فيضمن ما بينهما وما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد
ذكي يعينها فائدة الاختلاف المذكور والمال واحد والله تعالى أعلم وأحكم

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بل ارضاء في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها
مشروعة دونها لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثره أسبابه من الاستحقاق
في البياعات والشربة والاجارات والشركات والمزارعات أو بوجوب تقديمه كذا في العناية وكثير من
الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر
بما مر اقد ساقته ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتناء بذكر تقديم الغصب على الشفعة بقوله
لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه
الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد
أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة
والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا سيدا اذا الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي
يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب
مفصلا ومشرحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ولا
وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الا عظم وأماننا الثاني اذ لو كفي مجرد كون العموم
محسلا اجتهدا لم يجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها
واجبة في السفن أيضا عند مذهبنا على ما صرحوا به وسألت في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا
أو طبلا) قال في الجامع
الصغير ومن كسر لمسلم
بربطا وهو آلات
الطرب والطبل والمزمار
والدف معروفة وقوله
(أوراق له سكر) أي صبه
يقال فيه هراق به سكر
بتحريك الهاء وأوراق
به ريق يسكونها والهاء في
الاول بدل عن الهمزة وفي
الثاني زائدة وكلامه الى
آخره ظاهر لا يحتاج الى
شرح والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة
بالغصب تلك الانسان مال
غيره بل ارضاء في كل منهما
والحق تقديمها عليه لكونها
مشروعة دونه

قال المصنف (لان المسلم
ممنوع عن تلك عينه)
أقول لعل المراد بالمنع هو
الكرهية والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن لو تقرر الحاجة الى معرفته لا حجة لازمة مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والاراضات
أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري بشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت
بشرطها فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن ذلك المرء انصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار
قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٩) الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي الشريك ثم للخليط في حقه كالشريك

والطريق ثم للجار يعني
الملاصق قال المصنف رحمه
الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وأفاد الترتيب

بقوله لكن لو تقرر الحاجة الى
معرفته لا حجة لازمة مع
كثرته الخ) أقول لكن
ما ذكر في بيان وجه تأخير
الغصب عن المأذون يعني
عن بيان سبب تقديم الغصب
على الشفعة ثم يمكن أن يقال
في وجه التقديم أن الغصب
يتم العقار والمقول بخلاف
الشفعة والاعم يستحق
التقديم بقوله من الاستحقاق
في البياعات والاشربة الخ
أقول فيه بحث الآن يقال
كلمة من للتعليل (قوله أوجب
تقديمها) أقول الظاهر تقديمه
قال المصنف (الشفعة مشتقة
من الشفع) أقول يقال
شفعت كذا بكذا اذا جعلته
شعبا له (قوله وفي الشريعة
عبارة) أقول قال الاتقاني
الشفعة عبارة عن حق
التملك في العقار يدفع ضرر
الجوار انتهى ولعله أولى
مما ذكره غيره من أنهم اتكأ
عقار (قوله على المشتري

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد
جاء في تفسير قوله تعالى لا أعذبونه عذابا شديدا أي لا نمنه حجة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع
ومنه شفاع رسول الله صلى الله عليه وسلم للذنبين لانه يضمهم بها الى الظاهرين وفي الشريعة هي تلك
البقعة جبر على المشتري بما دام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها تلك العقار
بدل تلك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك
ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الشكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم وسيجيء في الكتاب
من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري
أو حكم بها كما لان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي
أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم
الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد حجة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين
عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لاحالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير
أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضاً قد
صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت المالك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس
التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت المالك لأن يكون حكم الشفعة أما الاول فلأنه لا شك
أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تلك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو
الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم
الشيء بقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكم الشفعة
على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلأن ثبوت المالك هو عين التملك في المعنى وحكم
الشيء ما يغيره وبترتب عليه فلم يصلح ثبوت المالك أيضا لان يكون حكم الشفعة على تقدير كون الشفعة
نفس التملك فالأظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار يدفع ضرر الجوار اهـ فانه اذا كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يسدع الاشكال الذي ذكرناه بحذفه ويظهر ذلك
بالتأمل الصادق والعمل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تساهلوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذ
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه وازدادة حق الشفعة ببيان
قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول الا لام الاستحقاق
بما في أمثاله

عامة
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه وازدادة حق الشفعة ببيان
قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول الا لام الاستحقاق
بما في أمثاله

(وقوله صلى الله عليه وسلم جاراً أحق بالدار والأرض ينتظره وإن كان غائباً إذا كان طريقه مسافراً واحداً والمراد بالجار الشريف في حق الدار بدلاً لقوله إن كان طريقه واحداً وقوله ينتظره وإن كان غائباً يعني يكون على شفاعة غيبته إذا تأثر لغيبته في إبطال حق تقريره صلى الله عليه وسلم معناه أحق بعرضه عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائباً واجباً بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الأطلاق قبل البيع وبعد وقوله ينتظره نسبه لبعض مائه كلمة أحق وهو كونه على شفاعة غيبته وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بنسبه قبل بأمر رسول الله (٤٠٨) حاشيته فإن شفاعة وفي رواية الجار أحق بشفاعة والحدث الأول يدل على

وقوله عليه الصلاة والسلام جاز الدار أحق بالدار والأرض ينتظره وإن كان غائباً إذا كان طريقه مسافراً واحداً وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بنسبه قبل بأمر رسول الله ما قبله من شفاعة ذال شفاعة وروى الجار أحق بشفاعة وقال الشافعي لا شفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام والشفاعة فيها لم ينسب وإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة ولأن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير من غير رضاه

(وقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام جاز الدار أحق بالدار والأرض ينتظره وإن كان غائباً إذا كان طريقه مسافراً واحداً) أي جاز الدار أحق بالدار وجزا الأرض أحق بالأرض وقوله ينتظره وإن كان غائباً أي الشفيع يكون على شفاعة وإن غاب إذا تأثر لغيبته في إبطال حق تقريره صلى الله عليه وسلم كذا قال تاج الشريعة وبقره من قول صاحب العناية يعني يكون على شفاعة غيبته إذا تأثر لغيبته في إبطال حق تقريره صلى الله عليه وسلم اه قال في النهاية وفي رواية الأسرار ينتظرها إذا كان غائباً ثم قال في الأسرار فإن قيل المراد به أحق به أعرضاً عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائباً قلنا إن النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق به قبل البيع وبعد وقوله ينتظره نسبه لبعض مائه كلمة أحق ولأن ما روى عن عمرو بن الشريف عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفاعة فهو الذي يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وإن كان غائباً مقتضى كلمة أن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظره بالطريق الأولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية أن كان غائباً بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضاً أن الشفاعة خفية فلا يظهر كون كلمة أن وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية ويؤيده رواية الأسرار حيث وقع فيها إذا كان غائباً فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائباً ينتظره بالطريق الأولى وأما على الرواية بالواو وهي الأكثر وقوعاً في الشرع فلا محذور فيها أيضاً لأن معنى قوله ينتظره وإن كان غائباً على ما بينوا أنه يكون على شفاعة وإن غاب ولا شك أنه إذا كان على شفاعة حال غيبته فلا يكون على شفاعة حال حضوره أولى بالطريق وإن ترك الانتظار على معناه الأصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظره إلى أن يجيء أو يفرغ من شفاعة متحققة الأولى أيضاً فيما إذا لم يكن غائباً لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يجيء أو يفرغ من شفاعة مع بعد زمان الانتظار فلا يجب الانتظار له إلى فراغه من شفاعة عند حضوره أولى لحصول الانقضاء بينهما في زمان قليل تأمل تفهم قوله وقال الشافعي لا شفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بنسبه قبل بأمر رسول الله (٤٠٨) حاشيته فإن شفاعة وفي رواية الجار أحق بشفاعة والحدث الأول يدل على

نبوت الشفاعة لشريك في نفس المبيع والشافعي لشريك في حق المبيع والثالث الجار (وقال الشافعي رحمه الله لا شفاعة بالجار لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفاعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) ووجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الأئمة من قر يش فتخصص الشفاعة فيما يقسم يعني إذا كان قابلاً للشفاعة وأما إذا لم يكن فلا شفاعة فيه عنده وإنه قال فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة فيه وفيه دالة ظاهرة على عدم الشفاعة في المقوم والشريك في حق المبيع والجار أحق كل منهما مقوم فلا شفاعة فيه قوله (ولأن حق الشفاعة) دليله معقول وتقريره أن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا ينبت حق الشفاعة أصلاً

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير إلى أن قوله ينتظره بجملة تفسيرية (قوله وإن كان غائباً) أقول مقتضى كلمة الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظره بالطريق الأولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفاعة) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل إلا أن حق في الشفاعة لما دون الجار (قوله وإنه قال فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار أحق كل منهما مقوم) أقول فإن قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوماً قلنا هو أنه حق كل منهما من المال

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش فتتخير الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشرى بك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشرى بك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشرى بك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد به بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قبل كيف يكون حق الشرى بك في حق المبيع مقسوما قلنا امراده حتى كل منهما من المالك اه (أقول) فثبت بخلافه تقريره بيع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشرى بك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم اذا يلزم من كون حتى كل منهما من المالك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالاته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس المالك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجوار الملائق حقه مقسوم من قينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليل على عدمه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشرى كقوله في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبيت والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه بذلك بالذ كعدم مساعده دلائل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجاء حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر ثامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجاء أيضا وفسر صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجوهوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا والفرع كل ما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بلك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا يستر به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس يتألم أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يتقرر مضاف آخر في قوله معناه أيضا في تفسير المعنى ليس في معنى شفته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لأمر ورد دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم ويقتضيه من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشرى بك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبيت والحمام (ولنا ما رويناه) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبة رواء البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

(ولأن ملك الشفيع متصل بثبوت إتيان تأييد وقرار) وهو ظاهر لأنه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للمساك وكل ما هو كذلك فإنه حتى الشفعة عند وجود المصلحة الأرضية بالمان وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة من غير اعتبار أن الخافق بالمان لا يتجوز في الشرع وخير ما لا يتقسم ولا معنى لقوله وحده ليس في معناه لأنه في معناه (لأن الاتصال على هذه النصفة) يعني اتصال التأييد والقرار (أنما انتصب سببا في سؤدد الشرع يقع ضرر الجوار إذا الجوار مادة المضاد) (٤١٠) من إيقاد النار وإثارة لغبار ومنع ضرر النهار وإعلاء الجدار

ولأن ملكه متصل بثبوت إتيان تأييد وقرار فيثبت له حتى الشفعة عند وجود المصلحة الأرضية بالمال اعتبر إتيان الشرع وحده لأن الاتصال على هذه النصفة إنما انتصب سببا في سؤدد الضرر الجوار إذا جواز المادة المفعلة على ما عرفت وقطع هذه المصلحة لأن الأصل أولى لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خفة آياته أقوى وضرر النصفة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعمل بعد فعل بلا ضرر وردا علة إلى شيء من مضاف حتى ما قلته (قوله ولأن ملكه متصل بذلك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة كذا تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر الفوار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فإنه لا قرار له إذا النقض واجب دفعا للمساك اهـ واقتضى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحتزعه اهـ (أقول) أن لا يمكن له ذلك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لأن الإجارة تماثل المنافع بلا عوض على ما عرفت في كتاب العارية فيكون قوله لأن ملكه متصل بذلك الدخيل متناولا لآثار المكونة بالعارية أيضا حصل بقوله اتصال تأييد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حتى الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبار إتيان الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والآثار المؤجوبة والمجعولة ترعنا اهـ وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تملك المنافع بعوض فتحقق له فيما توقع ملك كافي للمستعير على ما مر أعلاه الآن كلاً منهما قد خرجا بقوله اتصال تأييد فيقبل غماضه في الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله هو ما عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتبة فلا ملك له في الدار المرهونة لأن خيط الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطع مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقياس المذكور ههنا أصلاً وأحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والمؤجوبة والموصى به والمجعولة ميراثاً في كل منها تحقق الملك والتأييد والقرار لكن لاشفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها (قوله لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خفة آياته أقوى) فإن بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آياته بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطئه الأصلية المقررة أقوى فيعهم ما كان ملكاً بالشراء أو الهبة لأنه غير عن أصله خطئه وتقررهما بإضافتهما إلى آياته مبالغته في بيان أسالته وتقررهما وبناء على ما هو الأكثر وقوعاً في العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر النصفة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون

للاطمار على السغار والكبار (وقطع هذه المادة بطلان الأصل) يعني الشفيع (أولى لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خفة آياته أقوى) فيلحق به دلالة وحده أن الأصل دافع والدخيل رافع والرفع أسهل من الرفع (قوله وضرر النصفة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة النصفة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة النصفة قائم ولم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طال به المشتري بالشفعة فيلحقه بسببه مؤنة النصفة وذلك ضرر به فكأنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الإجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتب

ملك في رتبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييد الآن يقال المراد الدار المجعولة أجرة ثم أقول واحترازهم هذا القيد أيضاً عن المورثة والمؤجوبة والموصى بها قال المصنف (لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خفة آياته أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آياته بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الأصل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الأصل رافع لما للمشتري وضرر دافع قال المصنف (وضرر النصفة مشروع الخ) أقول إذا أجل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شيء مما يتوهم وروده

وتقرر الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التلك على المشتري من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم (٤١١) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحب الشفعة وانما في الشفعة في هذه الصورة لانهم اوضح الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشك أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التلك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل في الالام اذ لم يكن ثمه معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطاوعه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله

الفرع يعني أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تلك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدلل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما معارضه الطاب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بخلاف ما لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفي دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذ كر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذ كر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن الالام في الشفعة للجنس اعدام المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كافي قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذ كور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلا ن حصول الالزام للشافعي بقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذ كور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بجهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم الا في في مجوركم على ما عرفت في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تحب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعتراضا بكونه ملزما باننا أيضا لو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذك ر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوى فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجارية مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجارية ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

تحب الشفعة) أقول لا اعتبار بجهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لا اعتبار به شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذلك صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما في الشفعة في هذه الصورة) أقول أى في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والشفيع أحق من المبيع
فالشريك في نفس المبيع والخليط في حق وق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع
أقوى لان في كل جزء وبعبارة الاتصال في الحقوق لانه شرك في حراق المثل والشريك يجمع بينه وبين
السبب ولان شر التسمية ان لم يصلح عمله صلح مرتباً قال (وليس لشريك في الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

في الشفعة الثابتة بسبب الشركة على الجار وينبأ أي جماعين ذلك الحديث وبين ما روينا أو معناه فلا
شفعة بسبب الشفعة المأصلة لا يوقع الجار ودور صرف الطرق وانما قال هذا لان الشفعة لما كان فيها
معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالمبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم
عدم ثبوت الشفعة به ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام
قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور وفي ما عداه وأجيب عنه بعبارة
مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيده المذكور لان في غير المذكور قال الله تعالى
انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تقتضي لاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في
البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد في العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي
لم يقاسم هو الشريك في الشفعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يراجع غيره فكان محمولاً على
اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي
الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غيره المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا
لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشر امثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين
اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى
انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات
المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ اثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى المقصور عليه كما لا يخفى
فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما
نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو
البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على
المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم يقتضي
على أن يكون المراد هو العكس فليس يصح قطعاً (قوله) وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام
الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكاً في
نفس المبيع والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقفي أثره الشارح
العيبي (أقول) ان كان مرادهم امواخذة المصنف بتفسير المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما
فالجواب من فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك ههنا غير الخليط
اذ لا معنى ليكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر
على نوع آخر منه ثم لما كانت ضريبة الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر
وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله) قال وليس للشريك
في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح
والثأكيده بأن قال قيسله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع
كالشرب والطريق ثم الجار فان ذلك كما اذا ثبتت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء اذ اذ الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني
على الترتيب (قوله صلى
الله عليه وسلم الشريك
أحق من الخليط والخليط
أحق من الشفيع) قال
المصنف رحمه الله
(فالشريك في نفس المبيع
والخليط في حقوق المبيع
والشفيع هو الجار)
ودلالته على الترتيب غير
مخفية وهو حجة على الشافعي
رحمه الله (ولان الاتصال
دليل عقلي على الترتيب
وهو ظاهر وكذا قوله (ولان
ضرر القسمة) يعني قد
ذكرنا أن دفع ضرر رمونة
القسمة لم يصلح علة
للاستحقاق لكنه ان لم يصلح
علة الاستحقاق صلح مرتباً
لان السنن ترجح ابدأ
انما يقع بما لا يكون علة
للاستحقاق قال (وليس
لشريك في الطريق والشرب
الجار) اذ اثبت الترتيب
ثبت أن المتأخر ليس له حق
الا اذا سلم المتقدم في ظاهر
الرواية

فان سلم فلام تأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رجه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رجه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار وموافقه وله ان يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق عول او بالشفعة واحدة او بالمرضع الذي (٤١٣) هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والشفعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا أو الشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عندنا في حنفية ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه فراحا أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول لتعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حيث لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة شكذا فان لم يوجد الخليلط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فلما نسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما سبأ في من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذنا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والشفعة واحدة) يعني بشفعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

فأما (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يقال المراد البيت مع بوابه (قوله أراد الموضوع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضوع الذي بعضه مشترك بينهما والا فلا يخركلامه بخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق ببعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب عند البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيه شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمه ما لا امر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق ببعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلا اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بأسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأخذ على ما ذكر في كتاب التضاد وهو قوله لأن فقسه للمرور ولا حق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة يرجو أن فتح الباب بتدريعات تكل من له ولاية فتح الباب في سكة فلا استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن أولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناهم) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة بتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز الطريق فلا ذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرس متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لأهل النهر الصغير كما في السكة المنسجمة مع السكة المستطيلة العظمى وذكره مثله صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلا فلا شفعة في رجح الله فإذا كان الدار بين ثلاثة لا أحد منهم نصفها ولا آخر ثلثها ولا آخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريك أن الشفعة قضى بينهم ما يملك نصفين عندهما وعند الشافعي رحمه الله أن لا يثبت بملكهم إلا أن الشفعة من مرافق الملك لأنهم التكميل منفعتهم وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالريح والغلة والولد (٤١٤)

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا لاعتدال ثلث الحكم بقدر دليله فإن قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاب الكثير أكثر اتصافاً فاني يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة هي هنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحاً لما استحق

وان كانت سكة غير نافذة بتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السكة فلا لها الشفعة خاصة دون أهل العلاء وإن بيعت لغيرها فلا لأهل السكة والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناهم قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الماء شفع شريكه ولكنه شفع جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار ووضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار إلا أنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر باختلاف الأمللاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنهم التكميل منفعتهم فأشبهه الريح والغلة والولد والثمره ولنا أنهم استوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة هي هنا لظهور الأخرى بمقابلتها وغيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهاها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكمه شيء واحد فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اهـ (أقول) فيه خلل لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضاً قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض

شأن المرجوح يندفع في مقابلة المراجع وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفرد يستحق الجميع وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنات وأوجب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقة تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والأول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منها لا تستلزم زيادة والألزم الترجيح بكثرة العلة وليس يصح ألا ترى أن الشاهد من الأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومثله الميراث ليست مما نحن فيه إذ لم يجتمع في الابن علتان انضمت أحدهما إلى الأخرى واستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحال الثاني وقوله (وقد لا ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإنه التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول وهذا أيضاً كذلك فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقيين في الكل على عددهم دون أنصبتهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتفاص كان للزوجة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضى بهما بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب له لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها بقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم ما تحققت التسوية وإن كان بعد القضاء فلا يخلو لأن ما أخذ من النصف لأن القاضي لما قضى بينهم ما صار كل واحد منهم ما قضى عليه من جهة صاحبه فيما قضى به صاحبه والمنفرض عليه (٤١٥) في قضية لا يصير مقضياً له

فيها ولا فرق في هذين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كاشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصغر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقيين في الكل على عددهم لأن الانتفاص للزوجة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائباً بقضى بهما بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب له لا يطلب وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر بقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحققت التسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيننا

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محتمل كلام من حيث العربية فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذ كر في مشاهير كتب العربية فلا يظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للصاحبة والمقارنة فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب والمعنى المقصود هو ما يحصل به أيضاً بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعمول عنه (قوله لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيننا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أوفى قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما تنصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاملة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه يتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بعد خلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها اتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لحاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للشرط قبله وورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ (أقول) لقائل

المبيع وللجار لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لحاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للشرط قبله وورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل إلى قوله والضرر إنما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع إلى كلام

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (١٦ ٤) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر حتى لا يطلع عليه

وله دليل ظاهر وهو البيع
فقيام مقامه والحاصل أن
الاتصال بالملك سبب والرغبة
عن الملك شرط والبيع دليل
على ذلك قائم مقامه بدليل
أن البيع إذا ثبت فى حق
الشفيع باقرا البائع به صرح
أن يأخذه وإن كذبه المشتري
وفوقض بما إذا باع بشرط
الخيار له أو وهب وسلم فإن
الرغبة عنه قد عرفت وليس
لشفيع الشفعة وأجيب
بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار
للبائع بخلاف الخيار فانه
يخبر به عن انقطاع ملكه عنه
بالكفاية فعمول به كإزعمه
والهبة لا تدل على ذلك إذ
غرض الواهب المكافأة
ولهذا كان له الرجوع
فلا ينقطع عنه حقه بالكفاية
قال (وتستقر بالأشهاد)
لشفعة أحوال استحسان
وهو بالاتصال بالملك بشرط
البيع كاتقدم واستقرار
وهو بالأشهاد وهو يعتمد
الطلب ولا بد من طلب الموائمة
أى من طلب الشفعة على
المسارعة قضى فى الطلب
الى الموائمة لتلبسه به لانه
أى الشفعة ذكر الضمير نظرا
الى حق يبطل بالأعراض
قال عليه الصلاة والسلام
الشفعة لكل العقال إن
قيدها ثبت وهو كناية عن
سرعة السقوط وكل ما هو
كذلك لا بد من دليل يدل

أن يقول امتناع محقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب
فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالحمل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق
شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فإزعم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحل لعدم تحقق
شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى
موضع خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله إن ذلك شرط الوجوب هو
وجوب الاداء دون نفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحلول
انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل فى الدين المؤجل انما هو
شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل حلول الوجوب وقبل حلول
الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الوجوب وبأداء
الدين قبل حلول الأجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه
فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك
الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا
التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف
بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام
القصدورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلهذا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل
بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذکور بقوله لان سببها
الاتصال على ما بيناه فإمعنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا لا بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه
المختصصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن طاعة المصنف أنه اذا كان فى عبارة
المسئلة عقدة يحلها ثم يذ كر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله وإلهذا يكتفى بنبوت البيع فى
حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد
تقرر فيما سر أن علة نبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة
والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند نبوت البيع فى حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند
نبوته فى حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل
عند عدم نبوت البيع فى حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر فتفكر قال فى العناية
وفوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة
وأجيب بان فى ذلك تردد البقاء الخيار للبايع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه
بالكفاية فعمول به كإزعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع
فلا ينقطع عنه حقه بالكفاية انتهى (أقول) فى الجواب عن النقض بصورة الهبة بمحض لانه ان كان مدار
ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فان كون غرضه المكافأة لا ينافى فى رغبته

وله دليل ظاهر وهو البيع
فقيام مقامه والحاصل أن
الاتصال بالملك سبب والرغبة
عن الملك شرط والبيع دليل
على ذلك قائم مقامه بدليل
أن البيع إذا ثبت فى حق
الشفيع باقرا البائع به صرح
أن يأخذه وإن كذبه المشتري
وفوقض بما إذا باع بشرط
الخيار له أو وهب وسلم فإن
الرغبة عنه قد عرفت وليس
لشفيع الشفعة وأجيب
بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار
للبائع بخلاف الخيار فانه
يخبر به عن انقطاع ملكه عنه
بالكفاية فعمول به كإزعمه
والهبة لا تدل على ذلك إذ
غرض الواهب المكافأة
ولهذا كان له الرجوع
فلا ينقطع عنه حقه بالكفاية
قال (وتستقر بالأشهاد)
لشفعة أحوال استحسان
وهو بالاتصال بالملك بشرط
البيع كاتقدم واستقرار
وهو بالأشهاد وهو يعتمد
الطلب ولا بد من طلب الموائمة
أى من طلب الشفعة على
المسارعة قضى فى الطلب
الى الموائمة لتلبسه به لانه
أى الشفعة ذكر الضمير نظرا
الى حق يبطل بالأعراض
قال عليه الصلاة والسلام
الشفعة لكل العقال إن
قيدها ثبت وهو كناية عن
سرعة السقوط وكل ما هو
كذلك لا بد من دليل يدل

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها
المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو قضاء
القاضى كما فى الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره
المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم
لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام
الملك له ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه
ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه
عند القاضى ولا يمكنه
الا بالاشهاد وتلك وهو انما
يكون بالاخذ اما بتسليم
المشتري أو بقضاء القاضى
ودليله المذکور ظاهر
وقوله (وتظهر فائدة هذا)
أى توفى الملك فى الدار
المشفوعة بعد الطلبين الى
وقت أخذ الدار بأحد
الامرئين المذکورين وقوله
(يعنى فى الصورة الاولى) اذا
مات الشفيع لانه لم يملكها
فلا تورث عنه وقوله (فى
الثانية) يعنى اذا باع
داره لزوال السبب وهو
الاتصال قبل ثبوت الحكم
وقوله (فى الثالثة) يعنى
اذا بيعت دار بجنب الدار
المشفوعة لانه لم يملك
المشفوعة فكيف يملك
بها غيرها وقوله (ثم قوله
يجب بعقد البيع) يعنى
قول القدرى رحمه الله
والله أعلم

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافى في رغبته عن المبيع بل يدل عليها
كذلك وان كان مداره على صحة الرجوع للوهاب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية
لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وغب لقرية المحرم أولز وجهته وأخذ العوض
عنها بغير شرط في العقد إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع
الوهاب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كأنقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقى
النقض بها (قوله) ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء
وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضى انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا
احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليق ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر
الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على
وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره يراه غير معلوم فان ترك الاشهاد
في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت
هذا ما يشير الى التعليق الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليق الثانى هل يصلح أن يكون دليلا
مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها
المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم
بها حكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم
فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف إذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في
حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم
الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال فى الكافي بعد قوله أو حكم بها حكم يثبت الملك
بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال فى شرح السكت لا يلى أى تلك الدار المشفوعة بأحد امرئين اما بالاخذ
اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة فى شرح قول صاحب الوقاية
وتلك بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى قوله بقضاء القاضى عطف على الاخذ لا على التراضى لان
القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو
أى تلك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضى فله صريح فى اعتبار الاخذ فى قضاء
القاضى أيضا وثانيمه أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر
أنه بان يكتفى بثبوت البيع فى حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري
يكذب ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم
بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم
الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيةه وتنقيحه قال (وإذا علم الشفع بالبيع) كلامه ظاهر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (وإذا علم الشفع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغ الشفع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا إجماع المشايخ وهو رواية عن محمد ودعنه أن مجلس العلم والروايات في الترادف والثانية أخذ الكرخي لأن لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولوقال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحانه الله لا تبطل شفيعته لأن الأول جدد على الخالص من جواره والثاني يجب منه لقصدا ضراره والثالث لاقتحاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والأشهاد فيه ليس بالآزم إنما هو لثني التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيةه وتنقيحه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحدهم منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منه وهو وقوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل رأيدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرعا في بيانها أيضا أصالة (قوله أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضيق بطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون أعراضه عنه (أقول) فاقابل أن يقول ما ذكره هناك كإعلم على لزوم طلب الموائبة بدل أيضا على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس بالآزم إنما هو لثني التجاحد والجواب أن المراد بالأشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب الموائبة يرشده إليه تقديم الأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب إذ لو كان المراد بالأشهاد هناك هو الأشهاد على طلب الموائبة لكان ذكر الطلب بعده لقوا لا يتصور الأشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله فيبطل ذلك وتستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والأشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأن كان مداره على نفي الشفعة عن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فحق لا نقول بفهم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وإن كان مداره على أن لا م الجنس في الشفعة ولا م الاختصاص في لمن واثبها بل لأن على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله أن لا م الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كذا كرفي مصدر هذا الكتاب إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجوار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والأشهاد فيه ليس بالآزم إنما هو لثني التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

لا يمتدح إلى بيان سوى الفاظ تنبه عليها (طلب الموائبة) سنيها تنبه كما يلفظ الحديث الشفعة إن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله رهو أن يطلبها كإعلم) أي من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضيق وقوله (والأشهاد فيه ليس بالآزم إنما هو لثني التجاحد) يعني ربما يمتدح الشفع فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والأشهاد في ذلك ليس بشرط

باب طلب الشفعة

قال المصنف (لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهو لما مثله كذا في شرح الكاكي والمفارق ظاهر فإن الشفع لا يملكه بطلب الموائبة فقط بل بالآخذ به لثراخي أو بقضاء القاضي فله بعد طلب الموائبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والخيرة

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل اقر وى بيع أرض بحسب أرضك قليل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صححوا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعتي لان كلامه وقع كذباً في الابتداء فكان كالكسوت والخروج أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وأخذ (٩١ ع) بطل لانه عدة محض والخيار ما ذكره

المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والمكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده) أى عند أى حنيفة يعنى أن المصنف اذا أخبر بأن زوجها أخبرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى المبراد من الاول انشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كذباً وكذا الثانى وليس بعنده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على لبائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغي أن يذهب الى أقر بهم حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره رجلا ن أو رجلا أو امرأتان أو واحد عدل عند أى حنيفة وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صيباً كان أو امرأة اذا كان الخبر حقيقاً وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلالة وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه لا يمكنه الا الشهادة ظاهر اعلى طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الشهادة والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينقض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والشهادة ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقاً حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والشهادة في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والشهادة أيضاً ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الشهادة في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والشهادة فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقاً منقوضاً بلزوم الشهادة في طلب التقرير كاترى فان قلت لزوم الشهادة في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهادة كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياق ما ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والشهادة في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجهاً للزوم الشهادة في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الشهادة في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضاً كلاماً لانه ان أراد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أراد أنه يحتاج الى اثباته عند التماسه فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضاً * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الشهادة في طلب التقرير أيضاً بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانماسمى الثانى طلب الشهادة لالا أن الشهادة شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند وجود الخصم اه فانه يدل على أن الشهادة في طلب التقرير أيضاً ليس بالزوم بل انما هو لتفي التماسه كما في طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الشهادة على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه حينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران سالماً من الانتقاض كما لا يخفى (قوله) وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صيباً أو امرأة اذا كان الخبر حقيقاً أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقيقاً ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالخبر وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقيقاً بسبب الوثوق بخبره وخبره والظاهر أن مدار

ترك الأقرب وذهب الى الابد وأشهدهم على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد أما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الآخر فان كان الشفيع أو الابد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل امتحاناً اه

وقوله (أوعلى المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذالم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

(أوعلى المبتاع أو عند العقار إذا فعل ذلك استقرت شفيعته) وهذا الآن كل واحد منهم ما خصم فيه لان الاول اليد والثاني المالك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يملكه ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفيعه وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد الدار لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفيعه بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهر اربع الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخصم فيه اختار ادا ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف في حذار نقضه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل ومادونه عاجل على ما مر في الإيمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وما ذكر من الضرر بشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولوعلم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

بمضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفيعه قياسا ولم تبطل استحضانا لان نواحى مصر جعلت كناية في واحدة ولو كان أحدهم في مصر والاخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب الى الأبعد بطلت قياسا واستحضانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري والبائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يعث من يطلب فلا شفيعه له

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعد بقوله وسند ذكر كيفية من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف اسبابها)
لانهم اعلم مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا ولا يورع بالظن ما ليس بسبب كالجوار المتبادل سببا فانه سبب
عند شريخ اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد ان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا
لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين
اخبرت بدليه لم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طال المدة فالقاضي لا يلتفت ((٤٣)) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

لا يلزم المصنف لانه ذكر
أن الفتوى على قول أبي
حنيفة في عدم البطلان
بالتأخير وقيل سألته ثم بعد
ذلك سألته عن طلب الاشهاد
فاذا قال طلبت حين علمت
واخبرت من غير لبث سألته
عن طلب الاستقرار فان
قال طلبته من غير تأخير
سألته عن المطلوب بحضرة
هل كان اقرب اليه من
غيره فان قال نعم صح دعواه
ثم يقبل على المدعي عليه
فان اعترف بما ذكره الذي يشفع

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعي عليه فان اعترف
بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان السيد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق
قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لانه
ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف اسبابها فان قال
أنا شفيعها بداري تلاصقها الا أن تم دعواه على ما قاله الخصاص وذكري الفتاوى تحدد هذه الدار التي
يشفع بها أيضا وقد ينسأ في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف
المشتري بالله ما يعلم انه مال له الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر
به لزمه ثم هو استخلف على ما في يده فيخلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في
الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا فان
أنكر الابتاع قبل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحقه قال
(فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي
ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف
بتوفيق الله وانما يخلفه على البتات لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يخلف
على البتات

به والا كلفه اقامة البينة
لان السيد ظاهر لا يحتمل أن
تكون يدملك واجارة وعارية
والحتمه بل لا يكفي لاثبات
لاستحقاق فان أقام فقد فور
دعواه وان عجز استخلف
المشتري بطلب الشفيع
انه لا يعلم أن الشفيع
مال له الذي ذكره مما يشفع
به لانه ادعى عليه أمر الو
أقر به لزمه فاذا أنكره لزمه
البين على العلم لكونه
استخلفا فعلى ما في يده غيره

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع
للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصوره هذا الطالب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان
فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طابت الشفعة وأنا اطلبها الا ان
أيضا فاشهد وبذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشتري من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفيعها
بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر
ما ذكرنا (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف اسبابها فان قال أنا شفيعها بدار
تي تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لابد ان يسأله ويقول هل قبض المشتري
المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له
متى اخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجحما الله اذا طالوت فالقاضي
لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في
عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ
اخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرة هل

فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذلك وان أنكر قبل للشفيع أقم البينة
فان أقامها فذلك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فذا على الحاصل
والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية البين والاستخلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طال المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ)
أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى اخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول
لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سألته عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب الموائمة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يسر ح في الاصل فكذلك لو كنت قد كرم ايدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يفتنى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتموقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضرب نفسه عن اختيار فلا يطرده بإبطال ملك المشتري وانما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري فهو أقل ان يزيل ملك نفسه عن اختيار ليعال أضرب نفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يملك عليه كرهاد فاعل للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا نفي له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يدمستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى بهما بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنيبا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع عنه يكون مفلسا فيتموقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا نفي له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذلك لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يدمستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى بهما بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنيبا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا نفي له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة

لان اليد له وهي يدمستحقة أى معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احتراز عن بد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايها كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البيعة فله ثمنين اشترك في احداهما مع البائع وتفرّد بالآخرى وأما ما اشتر كفيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى بهما بالشفيع) عليهم ما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر اصير ورته أجنيبا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرّد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان ينسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوجبهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضى الى انقائها [لكونها امينية على البيع بين وجهه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعاً فالغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث بجزء من ثمنه الى المشتري لانه قد انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فتجمل لبقائه بتحويل الصدقة الى الشفيع وبصير كانه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضرورتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سألني ولما كان له أن يرد الدار اذا طلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل (٤٣٣) عيب به لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضى سلامة

المعقود وعليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعرض لم يوجب في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوط الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظراً الى الأصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهد على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بمخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى داراً غيره

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لعدم انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة اليه وبصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى داراً غيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتم وجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الوكيل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سألني عن طلب الاشهاد ومراعاة طلب الموائبة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة سألني عن طلب الموائبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيازم تكرار السؤال عن طلب الموائبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سألني عن طلب الموائبة سألني عن طلب الاشهاد كما وقع في عباراتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المنة ورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فان الكلام انذاك ملق في صورة الشرطية فقددها وهو قولهم اذا سألني عن طلب الموائبة اشارة الى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار اذ تأمل تفهم (قوله ومن اشترى داراً غيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتم وجه عليه) أقول هذا التعليق يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه في عدم

فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلاً فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أو لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما ما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذلك الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل كالموكل جميعاً شرطاً في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا علم المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسألة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً من ضيائته وكياله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكسلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الرضى اذا كانت الورثة صغارا
وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احتراز عما (٤٣٤) لا يتغابن الناس بمثل فان بيعه لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الرضى

وكذا اذا كان البائع وكسلا الغائب فلا شفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا
كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قل (وان افاض الرضى للشفيع بالار ولم يكن رعاها فله
خيار الرضى وان وجدته اعياها فله ان يردّها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء لا يرى انه مبدل المال بالمل فثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة
من المشتري ولا رضى له لانه ليس بنائب عنه فلا عاك اسقاطه
(فصل) في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالتول قول المشتري)
لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والتول قول المنكر مع عينه ولا
يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا فخير بين التول
والاخذ ولا نص ههنا ولا يتحالفان قال (ولو اقاما البيئة والبيئة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فأرى بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف
اكتفى بذلك القيد اعتمادا على ان فهمه من تعليل صورة التسليم
(فصل في الاختلاف) لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف
بينهما وقدّم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا ولا يتحالفان) قال صاحب النهاية في
شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين ههنا فوجب
اليمين اذ لا في الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلا ذلك
ليجب التحالف ههنا اه واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب
غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على منج ما ذكره المصنف من قبل
قال فلم يكن اختلافا ههنا في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفوا وترادفلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان
وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض
وأما اذا وقع بعد القبض فعلى الانكار ههنا أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان
التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بيمينهما تحالفوا وترادفلا جرم ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب
الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار
من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون
ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل
وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة
حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركز البيع وان وجد لكن
بالنظر الى قوا شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من
الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين
والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع
القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

يبيع التركة أما اذا كانت
الورثة كبارا لا يجوز بيعه
لانهم متمكنون من النظر
لأنه منهم وقوله (واذا قضى
القاضي للشفيع بالدار الخ)
ظاهر وقد ذكرناه أيضا
فصل في مسائل
الاختلاف في لما ذكر
مسائل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو
الاصل شرع في بيان مسائل
الاختلاف بينهما قال
(وان اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن الخ)
الشفيع والمشتري وان كانا
بمنزلة البائع والمشتري لكنهما
ليسا كذلك من كل وجه
(لان الشفيع يدعي على
المشتري استحقاق الدار) بأقول
التمسك والمشتري لا يدعي
عليه شيئا فخير الشفيع
بين الاخذ والتول فاذا وقع
الاختلاف بينهما في الثمن
وعجزا عن اقامة البيئة كان
القول للمشتري لانه ينكر
ما يدعيه الشفيع من
استحقاق الدار (عليه عند
نقد الاقل) والقول قول
المنكر مع عينه ولا يتحالفان
لانه لم يرد نص ولا هو في
معنى المصوص عليه من
كل وجه (وان اقاما البيئة
فهو للشفيع عند أبي
حنيفة ومحمد)

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين
(فصل في الاختلاف) قال المصنف (ولا نص ههنا ولا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في
الطرفين ههنا فوجب التحالف اذ لا في الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا

وقال أبو يوسف هي للمشتري لأنها أكثر أثباتا فصار كينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأما البينة فأنهم المبيع وكينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنهم الموكل وكينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فإنهم المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (وله ما أنه) (٤٣٥) لاتنافي بين البنتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيعتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه بخازان يجعل مودعين في حقه (وله أن يأخذ بأيم مائة وعدة اختلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالت بينهما عقودان إلا بانفساخ الأول) فالجمع بينهما ما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما أثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقد بين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق على أنها مبنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل من ماله فله أن يبيع منه أقراران أي بحسب ما توجب البيعتان فكان للوكل أن يأخذ بأيمهما شاء (وأما المشتري من العبد فقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) فصار كينة البائع والوكيل والمشتري من العبد وله ما أنه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود يبعان ولا شفيع أن يأخذ بأيم مائة وعدة اختلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالت بينهما عقودان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وإنها مبنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العبد فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نفع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولادعوى الامن جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن الخالف فيما إذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر أقامت مع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الخلق بطريق دلالة النص فإن كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمعرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب في العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا وله هذا لا يتخالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعي عليه لامتدعي في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعي بصورة تسمع بينته إذا أقامها كافي المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الخلف فأنما يجب على من كان مدعي عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعي عليه صورة ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع ويجوز عن إقامة البينة عليه فأنما يجب الخلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الخلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر أثباتا وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهم ما ذكرنا مؤيد به ما ذكره بقوله لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحتج عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وإنما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله وله ما أنه لا تنافي الخ وبقوله ولأن بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاها محمد وأخذ بها وحكي ثانياً ما أبو يوسف ولم يأخذ بها كذا كروا في الشروح (قوله وعو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول أن أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع الظهور الاختلاف في بعض الاحكام وأريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

(٥٤ - تسكمه سابع)

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وإنها مبنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يردونها مبنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وإن سلمنا أن البيعة المشتري فذلك باعتبار أن التوفيق متعذرا لا يصح البيع الثاني هناك لا يفسخ الأول
وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذها (قوله ولأن بيعة الشفيع ملزمة) لأنهم إذا قبلت وجب على المشتري تسليم
الدار بما ادعى الشفيع شاء أو أبى والمزوم منها أولى لأنها باضعت للارحام وبيعة المشتري عليه غير ملزمة لأنهم إذا قبلت لا يجب على الشفيع
شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير المزوم مستوفى بمقابله المزوم غير معتبر طريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذهم أو على هذه
وقعت التفرقة بينهم ما وبين بيعة البائع والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحد منهما ملزمة فلهذا صرحنا في التراجع للزيادة وبجنا
بيعة المولى القديم لكونهم ملزمة على بيعة المشتري من العدة ولا نهى غير ملزمة قال (وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه المثلج) إذا
اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فإن كان
غير مقبوض فاما أن يدعي البائع أقل أو أكثر فإن كان أقل أخذها الشفيع عما نال البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري ووجهه المذكور
في الكتاب واضح وقوله ولأن (٤٣٦) التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه لا بدلوله بل يعلل بهت لا يثبت للشفيع شيء

وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إذ يفسخ الأول أما هنا فبجنا لافه ولأن بيعة الشفيع ملزمة وبيعة
المشتري غير ملزمة والبيعتان للارحام قال (وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن
أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري) وهذا لأن الامر ان كان على ما قال
البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حظ البائع بعض الثمن وهذا الخط يظهر في
حق الشفيع على ما بين أن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن
ما بقيت مطالعته في أخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع إلا أكثر يتحالفان ويتأدان وأيهما نكل
ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف
وبأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وإن كان قبض
الثمن أخذها قال المشتري إن شاء لم يلتهف إلى قول البائع) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد
وخرج هو من بين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد
الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بألف وقبضت الثمن بأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالاقرار
بالبيع تعلقت الشفعة بما يقوله بعد ذلك قبضت الثمن برئاسه سقاط حق الشفيع فيه رد عليه ولو قال
قبضت الثمن وهو ألف لم يلتهف إلى قوله لأن بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من بين وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن

ألا ترى أنه لو أفسر بالبائع
وأذكر المشتري ثبت له حق
الاخذ وإذا كان كذلك كان
القول قوله وإن كان أكثر
وأبصر الله أبنية تحت الفأور إذا
بالحديث المعروف وأيهما
نكل ظهر أن الثمن ما يقوله
الآخر فيأخذها الشفيع
بذلك وإن اختلفا ففسخ
القاضي البيع بينهما على
ما عرف وبأخذها الشفيع
بقول البائع لأن فسخ البيع
لا يوجب بطلان حق الشفيع
وإن كان الفسخ بالقضاء لأن
القاضي نصب ناظرًا للمسلمين
لا مبطلًا لحقوقهم (وإن كان
مقبوضا أخذها بقول المشتري
إن شاء ولم يلتهف إلى قول
البائع) لما ذكر في الكتاب

في بعض الوجوه كما صرحوا به فاطمة فلا يتم الفرق فليتمل في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح
الثاني هناك إذ يفسخ الأول أما هنا فبجنا لافه) أقول يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضا
ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين لا يفسخ الأول ويدل على
لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وهو هنا الفسخ لا ينفك عن حق الشفيع حيث أن في ظهور

وهو ظاهر وإن كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكر في
الكتاب فافظا أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد
المشتري فاما أن يقر أو لا بقدر الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فإن كان لأول كالمقال (بعث الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها
الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع بقدر ثلثه الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت
الثمن برئاسه سقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لأنه أن تحق ذلك يبقى أجنبيا من العقد لا لملكه ولا يذو حيث لا يجب
أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم أنفأ أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذها قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع (فرد عليه
قبضت وإن كان الثاني كالمقال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتهف إلى قوله وبأخذها قال المشتري (لأن بالاول وهو الاقرار بقبض
الثمن خرج من بين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد
البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصبر أجنبيا لكونه
ذاليد وإن لم يكن مالكا والله أعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع * لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حظ البائع عن المشتري) حظ بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لان في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع اذا حظ عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حظ الجميع لم يسقط عنه شيء لان حظ البعض ملحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن مابق وان حظ بعده رجوع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حظ الكل لانه لا يلحق بأصل العقد لا يخرج العقد (٢٧) عن موضوعه وقد بينه في البيوع في

فصل قبل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشترىها بكميل أو موزون أخذها بمثلها لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فإيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة مملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالخز والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالخز والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حظ البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حظ جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حظ البعض يلحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن مابق وكذا اذا حظ بعدها أخذها الشفيع بالثمن يحظ عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حظ الكل لانه لا يلحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة نهر بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحظ لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا حدد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان اشترىها بكميل أو موزون أخذها بمثلها) لانهم ممن ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فإيراعى بالقدر الممكن كما في الانلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثماني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فبخلافه أى لا يظهر في حق الثالث وضرورة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم بأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فبأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما ما قلنا قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى الدار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافتراق محل هذا المقام بهذا الوجه مما يبرهن وقد أهله الشراح مع التزامهم ببيان الظواهر في كثير من المواضع

فصل فيما يؤخذ به المشفوع * لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لانه الثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أى قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن مابق واذا حظ بعده رجوع الشفيع الخ) أقول لفظة ما في قوله مابق موصولة والضمير في قوله بعده راجع الى القبض في قوله اذا حظ عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير به لانه يبقى تملكه بالا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) فهو وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فدفع الشئ الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) ونحو وصفه الاجل بكونه مأمورا لانه لو كان محجولا كان البيع قد دأب ولا شفعة فيه (وليس ان يأخذها في حال ثم يبرئ مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) لقديم لان الاجل وصف في الثمن كزينة والاخذ بالشفعة (أي بالنسبة) (٤٢٨) فأي أخذ بأصله ووصفه كفي الزينة ولما كان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفعين (أي بالنسبة) (٤٢٨) فأي أخذ بأصله ووصفه كفي الزينة ولما كان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفعين

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفعين كل واحد منهما ببيعة الاخر) لانه بدله وهو من فروات القيم وأخذته ببيعه دل (واذا باع بثمن مؤجل فمشتق الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كزينة والاخذ بالشفعة بغير أخذ بأصله ووصفه كفي الزينة ولما كان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفعين (أي بالنسبة) (٤٢٨) فأي أخذ بأصله ووصفه كفي الزينة ولما كان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفعين

فما بين الشفعين والبائع والمبتاع) قد أجل فيما بين الشفعين وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونه مبادلة ولا رضا في حق الشفعين بالنسبة الى الاجل لان الرضا في حق المشتري ليس رضا في حق الشفعين لتفاوت الناس في الملاحة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم ولما قل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تنقائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الشئ يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والتمس حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيا) ظاهر وقوله (لما يذ) اشارة الى قوله لا متناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو وجب النسخ الى آخر

الذي عليه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفعين بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو البائع فلا بد من ذكرها هنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولما أن الشفعين يثبت بمثل ما يثبت به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا في حق المشتري رضاه في حق الشفعين لتفاوت الناس في الملاحة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونه مبادلة ولا رضا في حق الشفعين بالنسبة الى الاجل لان الرضا في حق المشتري ليس رضا في حق الشفعين لتفاوت الناس في الملاحة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل وقال ولما قل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تنقائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتني أثره الشارح النعماني (أقول) لا يفتي على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تنقيح الدليل السابق كرفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن يتحقق بينهما ما من حيث ان الرضا بالاجل في حق المشتري رضاه في حق الشفعين ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاحة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقريره مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وارجاء سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه لقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خيرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويمتثل الشفعين الدار اما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعل قضاء القاضي مقابلا لتراضي واعتبرا لكل واحد منهما ما سيبا مستقلا (قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كُن) قال صاحب العناية

مأذ كره في أو آخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول لا يظهر انه جواب عما يدل الشرط وان لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة لان الرضا بائنا حل المشتري رضائنا جيل الشفعين (قوله لتفاوت الناس في الملاحة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف في الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التمايز

قال (واذا اشترى ذي دارا بجمهر أو خنزير أو شئ من هذه الأجناس فباعه بالخنزير وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشئ من هذه الأجناس احتراز عما إذا كان من تدان لا شئ من هذه الأجناس سواء قتل على رذته أو مات أو طلق بدار الحرب ولا لورثته لأن الشفعة لا تورث (وان كان شفعها مسلما أخذها بقيمة الخنزير والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذرات التيم واستشكل بأن قيمة الخنزير ليس هو عين الخنزير وليس كذلك العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يبيع على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجب بقدر الامكان ومن ضرر ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخنزير جوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من ذاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف

قال (واذا اشترى ذي بئمر أو خنزير دارا وشئ من هذه الأجناس فباعه بالخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصفة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخنزير كالحل لنا والخنزير كالشاة فأتخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفعها مسلما أخذها بقيمة الخنزير والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخنزير لا امتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وان كان شفعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخنزير والذي نصفها بنصف مثل الخنزير اعتبارا للبعث بالكل فلو أسلم الذي أخذها بنصف قيمة الخنزير لم يجز عن تسليم الخنزير وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما اذا اشترى بئمر من رطب فضر الشفع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل قال (واذا اشترى فيها أو غرس ثم قضى الشفع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثلث وقيمة البناء والغرس وان شاء كاف المشتري قلعه)

الشفيع والمشتري في مقدار الثلث واذا أسلم أحد المتبايعين والخنزير غير مقبوضة انتفض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخنزير بحكم البيع كما يمنع العقد على الخنزير ولكن لا يبطل حق الشفع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط بقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

(فصل) * الأصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا اشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثلث الذي اشتراه به

فلان قوله وثلث كان فلا نسلم أنه ليس يتمكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثلث حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية بنفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل لاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ في الحال بشرط مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لانه لم يرفيه فائدة لا لاعتراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثلث حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان أداء الثلث حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بالازم له البتة بخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما اذا لم يحتر الشفع أخذها بثلث حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثلث حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو يتمكن من الاخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد درجتهما الله بأن يجعل دليله لا يحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجهه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثلث حال كان له ذلك والسكون عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كاف المشتري قلعه

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجب) أقول وتقرر بالجواب في شرح الكافي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا لبطاله حق العبد لم يعمل هذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا لبطال حق الغير وفي مسائلنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر وفي شرح الكافي لم يلحقه انما يحرم عليه تسليمها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهذا يدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تسليمها

(فصل) * واذا اشترى

وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع ويخسر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وعواحدة على الشافعي وله قول آخر وهو أنه لا يكاف القلع ويعطى قيمة البناء ولا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والحق في شيء لا يكاف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بنى ليس للواهب (٤٣١) أن يكافه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشتري شراء فاسدا إذا بنى وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكافه قلع الزرع اتفاقا (وعذا) أي ما قلنا أنه لا يكاف (لأن) في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بثمن الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجهه) ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل يتعلق به حق مؤكدا للغير) بحيث لا يتقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالأمر إذا بنى في المهرن وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليم الواهب والمبايع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً ليكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع ويخسر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي الآن عندنا أنه لا يكاف القلع ويعطى قيمة البناء لا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكاف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيبصر إليه وجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل يتعلق به حق مؤكدا للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأمر إذا بنى في المهرن وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه وإلهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغير فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهو في الآن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصير إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكاف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسر سائر الشراح أيضاً ولكن بهارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا أنه لا يكاف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكاف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العميني أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) أقول أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكامة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليل عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة للمعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائنا سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وإن كان أصل المدعى واحداً وكان ماصار دليلين على شيئين مختلفين فإمكن هذا على ذكر منسك فانه ينفع على في موارد ما وقد كنت نهيت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتلك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم بها كما أن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قاله هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبت الملك أولاً للمشتري ثم ثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هناك تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغايراً للاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن الشفعة أحوال الثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وإن الأول ثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالأشهاد والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكداً (لأنه) أي الشفيع (بتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك ينقض تصرفاته غرساً وبناءً وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهة فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكاف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكاف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف

الشرح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه اتسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما ضح تعطيل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيه ماضعيفا كون التسليط فيه ماضعيفا من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لعله وجه آخر معطوف على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيه ماضعيفا من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بجموع ما ذكر من وجه ظاهري راية فالعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهري راية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليل لان معابلا غبار وقال جهو والشرح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رجه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذ ينشئ المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرأية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتي هـ ذه بقوله وصار كالمو هو به والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينال قياس المشتري في مسئلتي هـ ذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا الاحتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدد الان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية عن ذلك عن الايضاح حيث قال وذ كر في الايضاح ان قول أبي يوسف هـ ذه هو قوله الاول وقوله آخر مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتي هـ ذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كاف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذ كر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة متبنا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف بقوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيه او هو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذ ينشئ المشتري في المشتري انما هو قوله وأما عندهما انه الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيه ما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانهما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لاجباب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لاجباب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس (٤١٣) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لاجباب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يتلع قياسا وانما لا يقلع استحقاقا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمة مقدورا كما بيناه في الغصب (ولو أخذه الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذه هاهنا ولا على المشتري ان أخذه هاهنا وعن أبي يوسف انه يرجع لانه ممتلك عليه فتر لا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لاعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا يبي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا ايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسألة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلامعنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قبل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانهما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلا لأن المصنف بصدديان وجهه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال للحل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلا لأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبقى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تسلط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى

البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في اجباب القيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لان حقه أقوى

من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح يدفع أعلى الضررين بالآهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وحسبها بأشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصغ وبين أن يتركها وأجيب بأنه أيسر على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كثير السلامة النقص له بخلاف الصغ وقوله (واذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدردل عليه التخيير ونقيره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذلك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقدورا كما بيناه في الغصب

(٥٥ - تكمله سابع)

أو المشتري (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه ممتلك عن المشتري فتر لا منزلة البائع ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله قبل فيه نظر) أقول القائل هو والاتقاني

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال انهم سمعوا أن البناء اذا

احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع أحد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقض المشتري البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذلك فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصرف مقصودا ولهذا جاز بيعها مباحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بخصته لان الدائن بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لانه أن يمنع عن تلك الدار بما له قال (وان نقض المشتري البناء قبل الشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فددع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابل به شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باقعة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقص) لانه صار مقصولا فلم يبق تبعاعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخيلها ثم أخذها الشفيع بثمنها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذلك وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس يتبعه الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذلك كرافضة المتاع في الدار وجهه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان من كفايه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثم غرقها في بد المشتري) يعني يأخذها الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال (فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب (وان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل في البيع مقصودا فيقابل به شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتباعا فلا يقابل به شيء من الثمن والله اعلم

مقصودا بالاتلاف ويقابل به شيء من الثمن وقد صرف البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقص لانه صار مقصولا فلم يبق تبعاعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان من كفايه) يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف في ولد المبيعة) يعني أن الجارية المبيعة اذا وادت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله (في الفصلين) يريد به ما اذا كان في النخل ثم رقت الشراء ثم جده المشتري وما اذا لم يكن ثم غرق

أن يقال ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري ويطلق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذه منه ولا على المشتري ان أخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المسوط ولا غرور في حق الشفيع لامن جانب البائع ولامن جانب المشتري لانه تلك عن صاحب اليد جبر من غير اختيار فلا يرجع له ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبريا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبريا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بغير غرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور ومن جهته (أقول) ليس ذلك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في منتهى الشفعة تلك مبيع عقار جبريا مثل نفسه وفسر في شرحه قيد جبريا بمعنى بغير صورة الاخذ بالتراضي أيضا حيث قال يعني لا يفتقر الى اختياره لانه يعتبر بعدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف بقى في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نقاه وان كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدروري والله اعلم

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا لسم أن في قوله وبالتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال الخ

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذلك
الشفعة وما لا تجب بعد ذلك
ذكر الوجوب بمجمل لان التفصيل بعد الاجمال
التفصيل بعد الاجمال
قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة
أي ثابتة في العقار وهو له أصل من دار أو ضيعة
(وان كان مما لا يقسم أي لا يتحمل القسمة كالجمام والرحى وأما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاص مع الجمام لأنها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله مأخوذ به والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهرى النسخ وقال إنما سكن في ضرورة الشعر وقوله (إذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقات الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لفي الشفعة إذا كان له طريق في السفلى بل إذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدر ما على الجار

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لا شفعة فيه لا يقسم لان الشفعة إنما وجبت فيه المونة الشفعة وهذا لا يتحقق فيه لا يقسم وإنما وله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العرومات ولان الشفعة مبيها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ماله وأنه ينتظم القسمة ما يقسم وما لا يقسم وهو الجمام والرحى والبئر والدار بقى قال (ولا شفعة في العروم والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط وموجبة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم بحسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذکور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقلاً او عذاباً بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه جماله من حق القرار التحق بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالنقص وقيمة البناء يدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اء والنظار ان خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فاقترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذلك
كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النسبة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلامه أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اه فعلم ما وقع في الحديث المذكور وورد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهم ما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الرأ والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قواهم ماله دار ولا عقار اه وقال في فصل الضاد من باب العين من الضاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار ولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروم والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط (أقول) فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولذا العجومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء الجوار فقلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المال (و يستوي الباغي والعاقل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٤٦٦) أو مكاتباً) فان كان البائع غير المولى فالعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة عنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك عاها هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما صرح في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قد قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به ذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذ به عوض وكان سببا غير السبب الذي ملك به المملك وعلى هذا (لشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالغ المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبيد أو حاقوت أو يصالح

قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعجومات ولانهم ما يستويان في السبب والحكمة قد استويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعاقل والعبد اذا كان مأذونا أو مكاتباً قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما صرح قال (ولاشفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالغ المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشرع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع وحائط قد دل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضا كضبعة خالية من الاوليس كذلك قطع ما فكيف يتم التملك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليهم بالنسبة الى جميع ما عداها فلا يرد المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العررض فقط دون السفن ولا الى ما عداها سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور وبصيرجة على مالك في ايجاب في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله) واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما صرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما صرح في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قد قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به ذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذ به عوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المملك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا تصور الهبة بدون رضا الواهب والتملك لا يرضى بتزويج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما صرح في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها تثبت بخلاف القياس بالانثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله) وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع

بها عن دم العبد أو يعتق عليها عبد لان الشفيع لا يتقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفرج هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافي ولكن استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

(قوله واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا) (أقول قوله واجبة خبر ان في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافي) أقول خبر كان في قوله وكان تفرج هذه المسائل الخ

لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ
 الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كافي البيع با
 (بأنى فيما اذا جعل شقصا من دارمهر أو ما يضاهيه) أى ما يشابه المهر كبديل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى
 الشفعة لاني الجوار ولا فيما لا يقبل الشفعة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة ونقرر به أن تقوم هذه
 الاعواض اما أن يكون مطلقا وضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم)
 وانما أفرد ههنا لان تقوم ههنا بعد لانهم ليسا بغيرين فضلا عن التقويم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى
 الخاص المطلوب) وهو المالمية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالمية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق
 المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتوكل به ويدخر وقوله (وعلى هذا)

ليان أن الفرض عند
 العقد وبعد سواء في كونه
 مقابلا بالبيع بخلاف
 ما اذا باع الدار بمهر المثل أو
 بالمسمى فان فيه الشفعة لانه
 مبادلة المال بالمال واعترض
 بأن البيع بمهر المثل فاسد
 لجهالة ولا شفعة في الشراء
 الفاسد وأجيب بأنه جاز
 أن يكون معلوما عندهما
 وبأنه جهالة في الساقط
 لا تقضى الى المنازعة
 والمفسدة ما أفضت اليها (ولو
 تزوجها على دار على أن
 ترد عليه ألفا فلا شفعة في
 جميع الدار) أى في شئ منها
 (وقالنا نجب في حصة الالف)
 تقسم قيمة الدار على مهر
 المثل وألف درهم (لانه
 مبادلة مالية في حقه) أى في
 حق ما يخص الالف وأبو
 حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر بمثلها كافي البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأني فيما اذا جعل
 شقصا من دارمهر أو ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح
 وغيرها بعد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم
 مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيه ما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار بمهر
 لانه منزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة
 مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالنا نجب في
 حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا
 يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبعية ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية
 المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه
 والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار ونظر اذا الكلام في
 قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لاني قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح
 هو دم العبد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العبد على زعمه لقيمة الدار لا يقال لما جعل دم العبد عوضا
 من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر
 لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل
 به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تتبعه لأجل
 ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعواض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب في زيادته
 العبد والحقه بالدار في المؤاخذه فان العبد مأخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة
 الكتاب فكأن الكلام في قيمة الاعواض لا يتأني اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض
 اعتاق العبد لانه نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق مقوما لا بدله من المصير الى قيمة العبد في تقويمه
 والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيسجد من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم)
 قال في العناية انما أفرد ههنا لان تقوم ههنا بعد لانهم ليسا بغيرين فضلا عن التقويم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال
 بعت منك هذه الدار ألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقضى الى المبادلة
 المالية وأما أن تكون هي المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فالتحيز
 ورجح ألفا ثم اشتري بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان
 الربح تسع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع
 الوكيل شفعة للموكل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعواض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفرد ههنا) أقول فيه شئ
 لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التباين بين الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار المالح) عطف الفذوري قوله أو يصالح عليها بانكاره على قوله أو يعتق عليها عبد من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصح بلانظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العرض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معارضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا (الآن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقباضا ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شاعرا لأنه ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعارضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العرض مشروطا في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لافي الموهوب ولا في العوض أن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض الآن أنه أنيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه منع زوال المالك عن البائع وبقاء حق البائع

قال (أو يصالح عليها بانكاره) فإن صالح عليها باقراره وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره مكان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره في الدار في يده فهو يزعم أنهم لم يزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء لعينه وقطعا لشعب خصمه كما إذا أنكر صر صر بخلاف ما إذا صالح عنها باقراره لأنه معترف بالملك للدعي وانما استفادته بالصالح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها باقراره أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الآن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شاعرا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العرض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أنيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار لا شفعة للشفيع) لأنه لا يمنع زوال المالك عن البائع (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال المالك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال المالك عن البائع بالاتفاق والشفعة تثبت عليه على ما صرح وإذا أخذها في الثالث وجب البيع لغير المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو لا يشتري دون الشفيع وان بيعت دار إلى جنبا والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده

يمنع الشفعة كما في البيع إذا سفلان يمنع بقاء ملكه كان أولى (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال المالك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط المالح) فظاهر وقوله (على ما صرح) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة انما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار المالح (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بغير المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو لا يشتري

بحث لأن تمامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندى في تعليل أن تقومها أبعد أن يقال لانها ليس باجتماع مقومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبا المالح

دون الشفيع وان بيعت دار بجنبا والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ وقيل بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فان أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعته لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لم يحصل نقض المكان إذا أجاز البيع فيها ملكه المشتري من حين العقد حتى يستحق بزيوائها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البخاري من أن أصل أي حنفية أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله (أو ضمنه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبا المالح وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بحجب الدار المشتراة كان الأخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم افسادها) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم افسادها قال (ومن ابتاع دارا ثم افسادها) أي ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فساد ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا حتى الشفعة باقية على حاله ألا ترى أن النضراني اذا اشترى من نصراني دارا بجنم ولم يتقاضا حتى أسلم أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخرفانه يفسد البيع وحق الشفعة باقية لان فسادها بعد وقوعه صحيحا (قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (٤٣٩) يعني الأخذ بالشفعة واعتراض

عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفع كالم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلامفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخرفانه فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من وجوده وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بالشرط خيار وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما

واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنم بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم افسادها فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به نصرفا وفي البيع الفاسد منوع عنه

وقبل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتغن عن السؤال وقيل لم يقل في بيع هذه الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده بأي عن أن يكون مراده بقوله أو خضاه في البيوع ايضا حقه في بيع كذا في المنتهى لان ذكره في كتابه عند بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا بعد اعاده والالزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا ثم افسادها) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم افسادها قال (ومن ابتاع دارا ثم افسادها) أي ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فساد ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا حتى الشفعة باقية على حاله اه وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التسليم حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيه ابتداء لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فجرد الاثبات بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوقا الى الثانية فسادا أقل من أن يكون ملوقا الى الاولى والصواب ان وجه التسليم الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للاتباع الذي هو أصل العقد فعمل به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لاستتره به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن المشتري ذلك صار أخص بالبيع نصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنم او في الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيه ما لم يكن في الخيار للمشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف

(قوله نلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخ) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلو اسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذا لاحتاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيمته مثل الخرفانه (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع ببيع صحيح ولا يبقى لبائعه حق النقص وفيه تقرير بالفساد أيضا وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على الخطور من الأحكام كإبطاله الحيز فانه يحل المراد على زوجها الاول وتقرير بالفساد المأمور بنتفضه من الشرع متمنع وفي شرع الشفعة في البيع الفساد ذلك والبيع الخطور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقريره كان كذا وورد الخيار للمشترى كان يدفع بقوله دفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير مخطور أو على من صار أحمق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحمق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار مجتمعا وهي في يد البائع بعد فسخ البيع الشفعة لبقاء ملكه وان سلما الى المشتري فهو شفعها لان المالك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشرع الفاسد لا تقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمنع من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة لم لا تنقل

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار مجتمعا وهي في يد البائع بعد فسخ البيع الشفعة لبقاء ملكه وان سلما الى المشتري فهو شفعها لان المالك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فثبتت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لا تقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار في حق الشفع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفع وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر تنافسا أو أسقطنا العوض لفساده بقي البيع بلائع وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مقصد فلا تثبت الشفعة عنك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والترؤى فبالسقاط في حق الشفع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خياره اذ ابدى ما في الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلا أسقطنا العوض لفساده بقي البيع بلائع حيث قال فيه بحث اذا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر قد بره (أقول) ليس هذا بشئ لأن شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلا لأن اسقاط

الشراء الفاسد من المشتري الى الشفع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل المالك وان كان للمشتري وهو يقتضى ثبوت حق الشفعة لكن المانع لا تحقق وهو بقاء حق البائع في استرداده ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فان بقاء ذلك منفع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتب في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار مجتمعا وامتناع

الشفيع عن الأخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الباسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته المشتري لا تقطاع ملكه عما استحقه به قبل الحكم به ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشعوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لانسلم أنه الخ) أقول لفظ الاخص يشكك بدفع هذا الاعتراض فانه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليست أملا فان قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالبيع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى) أقول واستظهار أيضا وقد سبق منه في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وان ردها ببيع بغير قضاء أو تقايلا بالبيع فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ فى حقهم ما لو ائتم بها على أنفسهما وقد قصدنا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حصة البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومعه الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تنص الرواية بالفتح عطف على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان لظلال فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما امكان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفسد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثمانى فلا لأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بحال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم يبيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى لادرا المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظرا أما أولا فلا لأن كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلا لأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقرير وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شركاء والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلا لان المقاسم انما كان شركاء قبل الانقسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلا لأن تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويطلب لو ثبت ذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقه للمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومعه الرد بالعيب بعد القبض) قال

رواية الفتح فقد أثبت الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متعذر لم يكن فى الرد فائدة

٥٦ (تكملة سابع) رواية الفتح فقد أثبت الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متعذر لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظري سيعلم وأنكر نفي الإسلام كالمصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل في شرح الجامع الصغير رجل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكبلاً أو موزوناً من جنس واحد لأن الرد فيه بخلاف الرواية غير مفيد لأن نصيبه في التهمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع في الأولى أو مثله ولا فائدة فيه فأما إذا كانت عقاراً أو غيرهم فأنهم إذا اقتسموا بأنبار بما يقع نصيبه فيما يوافق فيه فيكون مفيداً والله أعلم (٤٤٣)

باب ما يبطل به الشفعة

قال (وإذا ترك الشفع الشفعين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لأعراضه عن الطلب وهذا لأن الأعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك أن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جاءة من الشراح أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو أنه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيسم كلام الشارحين كالأبني فليست أمـ اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين أن مراد صاحب الهداية بمحملي قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض صيانة لكلام القدوري عن اللغو فإن الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الأصل لم يثبت به حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق (أقول) الحق أن مراد صاحب الهداية مذهب إليه صاحب العناية وإن كان ذلك البعض ساقطاً أما الأول فدلالة لو كان مراده مذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وإن ردها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكر قبله أثناء بيان قوله ثم رد المشتري بخيار رؤية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا أن عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض عامشاملاً للصورة في القبض وعدمه لأن ظهور فائدة التقييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كافي في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير محمل بعومه فرداً آخر أيضاً إذ لم يكن القيد منافياً لمجم ذلك الفرد الآخر وهذا كذلك فإن القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً غاية الأمر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل توقف

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله وإذا ترك الشفع الشفعين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لأعراضه عن الطلب)

طلب الموائمة فهو على شفعته وكذا إن طلب الموائمة وترك طلب التقرير والشهادتين على ما أوضحناه فيما تقدم (قوله وفيه نظري سيعلم) أقول بعد أسطر

باب ما يبطل به الشفعة

قال المصنف (وإذا ترك الشفع الشفعين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة إلى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار إليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائمة) أقول يعني تركه تنس طلب الموائمة مطلقاً أشهد أو

باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجهه اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفعين بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم لأن تسليم الشفعة أسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وأسقاط الحق يمتد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط إليه كالطلاق والعتاق (قوله وإذا ترك الشفع الشفعين علم بالبيع) يعني طلب الموائمة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وإنما فسرنا بذلك إثلايرد ما ذكر قبل هذا أن الأشهاد ليس بشرط فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طالب الموائمة وقوله هنا لأعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لأن الأعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالأعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك

(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلا يحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا يحق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سلتك شفعة هذه الدار أن أجرتنيها أو أعتقنيها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره ما كان فيه (٣٤ ٤٤) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالأجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الأخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كالأخذ بالعوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الأخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول إلا أن تجهل الصغرى موجبة سالبه المحمول والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلا يحق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دال على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره شارح وعليك

قال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطل للشفعة وذ كر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بالزوم وانما هو لثبوت التماسك وكذلك ذكر في الذخيرة وغيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عنده هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لأنه شرط لازم وما لم يكن الاشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطل للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد به هذا الاشهاد بنفس طلب الموائمة ولكن لما كان طلب الموائمة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهاداً والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائمة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب الموائمة واستغوا به هذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكفاية وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسرناه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان تركه ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في محله ذلك على المطالبة طلب الموائمة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب الى هذا كلامه (أقول) فيه خال لان جعل قول المصنف ههنا لا عراضه عن الطلب عن الطلب الى المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائمة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا عراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا عراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما دل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اه وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في محله ذلك على المطالبة طلب الموائمة عاضداً أيضاً لذلك فليس يصح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائمة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائمة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في محله ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائمة نفس الاشهاد فإين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحد ههنا عاضداً الآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

بالأمل وكن احكام الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفيعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتامن قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساد قلتي في الدليل الاول فليتامن (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالزراعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا أن حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط المأثم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سملت شفعة هذه الداران أجزتها أو أعتبتها فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لانه وزع لتعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سملت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها الغير أه وقال للبايع سلمت لك ان كنت بعتهما لنفسك وقد باعها الغير فهو هذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطاً محضاً علقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً لانه انما يبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قبل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة فصار كالخبر والخبر في باب الخلع والصالح عن دم العدة وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصالح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المنسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المنسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المنسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط به عوض معني فان الثمن سلم فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فحق سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المذكور بل لا ماسين له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المذكور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأخذه ما عزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولاً كلام الشيخ أبي المعين بقوله لا يذهب عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالاً وجواباً في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا يجب شفعته أيضاً الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فيمنه ما يوجب لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصحه الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لنقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهره وله وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلام الشرطيين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه

قوله (وكذا الوبايع شفعتها) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعتراضا
فإن قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعقاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص
لأنه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة
والقصاص فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرر وأما في الشفعة
فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرر أو بخلاف الطلاق والعقاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل
ونظيره إذا قال الزوج للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت الخيرة الزوج وامرأتها العنين
ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لأنه مال لم يعضهها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال
بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (عنزلة الشفعة) في رواية
كتاب الشفعة والحوالة

والكفالة والصلح من رواية
أبي حفص وقيل وعليه
الفتوى ووجهه أن حق
الكفيل في الطلب وهو فعل
فلا يصح الاعتياض عنه
(وفي رواية) كتاب الصلح من
رواية أبي سليمان (لا تبطل
الكفالة ولا يجب المال)
والفرق بينهما وبين الشفعة
أن الكفالة لا تسقط
الابتمام الرضا ولهذا
لا تسقط بالسكوت وتقام
الرضا الغاية تحقق إذا وجب
المال وأما حق الشفعة
فليس كذلك لأنه يسقط
بالسكوت بعد العلم به وقيل
هذه الرواية أي رواية أبي
سليمان في الكفالة تكون
رواية في الشفعة أيضا حتى
لا تسقط الشفعة بالصلح
على مال ولا يجب المال

وكذا الوبايع شفعتها بما لم يبيننا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعقاق لأنه
اعتياض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك
الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا عنزلة الشفعة في رواية وفي
أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف
في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة
لأن ذلك على وجهين أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد
الاعراض والثاني أن يصلحه على أخذ ذببت بعينه من الدار بخصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لأن
حصته مجهولة وله الشفعة أفقد الاعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأنا لانسليم أن في قوله
على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة إذا لا تبطل الشفعة
الذكر إلى ذلك لا بطريق مفهومي والمخالفة ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة
هو معنى بلا عوض وهو يعبر بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا إذا لا يصلح شيء منهما
لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وإن مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت
الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما
صح الشرط والشفعة أيضا في بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا
كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين
الذين ذكرهما على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة
الكتاب إليه كما ادعاه صاحب العناية وأما ثانيا فلا نأنا لتعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين
الذين ذكرهما بفقدها الاعراض مما لا يكاد يتم لأن فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما
صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصص المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل
جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصص معلومة تدبر (قوله وكذا الوبايع شفعتها بما لم يبيننا)

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد
عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا الوبايع شفعتها بما لم يبيننا) أقول يعني أنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا ينبغي تمام المدعى ههنا إذا لا إسقاط في البيع
فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقدرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقدرا (قوله فأما في الشفعة فإن
المشتري الخ) أقول فيه بحث إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك بتغيير الصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا
تمثل عنه وبعبارة أخرى أن الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل نفسه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليأتها مل فيه بجوابه غير خفي
(قوله ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول وأعمل الإضافة لأدنى ملازمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا
لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل انقضاء الشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفيعته وليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فليهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله ان الحقوق تنقل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها ولم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته رقت الشفعة بانك وقد زال بالموت والذي ثبتت الوارث حدث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبذاته الى وقت القضاء ولهذا رآه باختياره باع تسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والتروك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولاتباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصي له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فالشفيع أن يقضيه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقبل بيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الإجماع لا إجماع على أن للشفيع حق تصرف تصرف المشتري فلا يكون (٤٤٦) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخيار له أن

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه لمعناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيع ولا به بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء بشرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الرضى أو وصي المشتري فيه الوصية فالشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينتقض تصرفه في حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابراء عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لاشفعة له أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتراض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذا لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتراض عنه فانه اذا لم يصح الاعتراض عنه لم يكن يباعا حقيقيا لانه من

كان الاول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابراء عن الدين ولا يعلم أن له ديناً وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا سلم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجب بأن المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم

وانما تسقط بهما لالتزامه على رضا الشفيع والرضا دون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشرط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو يبيع له كوكيل المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر في البيع ولا به (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله فان كان الاول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لاشفعة له) أقول قال في غاية الرقابة من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو يبيع له كوكيل المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشرائه فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشرائه اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لو كيل المشتري أو اشترى له كالأكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة أغما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع أغما كان من جهته حيث لم يرخص المشتري الا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا إذا باع وشروط الخيار لغير الخ) وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف (٤٧٤) أو أكثر فتسليمه باطل وهو على

شفعته أما في الأول فسلانه أغما سلم استكثارا بالثمن المذكور فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت أن كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فلتنفي بانتفاء شرطه وفيه نظر سمي بخلاف ما إذا ظهر أكثر من ألف فان

مستكثر الألف أكثر استكثر إلا أكثر فكان التسليم صحيحا وأما في الثاني فلأنه ربما سلم له قدر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به إذا الجنس مختلف قال في النهاية تقيده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكاف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو

ومن اشترى أو يبيع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشروط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بمضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه أغما سلم لاستكثر الثمن في الأول ولتعد ذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني إذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمتها ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا إذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولما أن الجنس متحد في حق الثمنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاط قيمته المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليمه بالبيع تملك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقيده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لأن إطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبدا وثوب ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على شفيعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التي اشتراها أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلما أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفيعته على كل حال إلى غلظة النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقيده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكاف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددى متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمتها ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كالأكيل يبيع بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا مل التفاضل بينهما ولما أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكاف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فإنه لا كلام في إيهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالأولى هو الإطلاق

(وإذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد

اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليست به مرافق مله ولا يحتاج الى الجميع

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

قال (وإذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شرعا للجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

فصل قال (وإذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لاتقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخالفا بناء على اهمية في بادي الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه اضر امهما في هذا المقام كفي أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساو ياله أولى فلا يخلص من استدراك أحد القيدين (قوله وإذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرا ما يتعلق به من الكلمات عنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فمما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار غير وفليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله حل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط الخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط الخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلامه ما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلا أنه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز لخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلا أنه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل توقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فمما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار غير وفليتأمل

فصل وإذا باع دارا

لا احتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه
وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه لا تقطاع الجوار وقوله (الا أن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان
شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعة الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد
فيتقدم على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة التفتيح في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة
وقوله (الا اذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها (٤٤٩) حيلة عامة الآن فيها وهم وقوع

الضرر على البائع على
تقدير ظهور مستحق
يستحق الدار لانه يبقى كل
التمن على مشتري الثوب
وهو بائع الدار يتضرر به
أي يرجوع مشتري الدار
عليه بكل الثمن الذي هو
أضعاف قيمة الدار وقوله
(والا وجه الخ) تقريره اذا
أراد أن يبيع الدار بعشرة
آلاف درهم يبيعها بعشرين
ألفا فلا يرغب في الشفعة
ولو استحققت الدار على
المشتري لا يرجع المشتري
بعشرين ألفا وانما يرجع
بما أعطاه لانه اذا استحققت
الدار ظهر أنه لم يكن عليه
ثمن الدار فيبطل الصرف
كالموابع الدينار بالدرهم
التي للمشتري على البائع ثم
تصادف أنه لم يكن عليه دين
فانه يبطل الصرف

لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني)
لان الشفعة جار فيه ما الآن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن
الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب
لانه عقد آخر والتمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة
فيما عدا بضعة عاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري
الثوب اقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لا احتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا
الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع
من يده وملكه بالمبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال
الحيلة لاسقاط شفته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله
لا احتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا
كان للبائع دار أخرى وراءه المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندى أن يقال المقصود من اسقاط
شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار
الفاسق لا دفع مجرد تأذى نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور
بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق
المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى
قاضيتان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض
تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر ولو أراد الشفعة أن يأخذها
يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا
وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع
الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقفي
أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيتان الا أنه
لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محض الكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ
نقر به اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى اخر ما ذكر في النهاية معزى الى فتاوى قاضيتان
(أقول) لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيتان وفي
الشريطين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها

(قوله لا احتمال أن يكون
الجار فاسقا يتأذى به) أقول
في استيفاء الثمن ويجوز أن
يقال ذلك فيما اذا كان للبائع
دار أخرى وراء الدار المبيعة
فتدبر (قوله واستحقاق

(٥٧ ب تبك له سابع) الشفعة الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه
في ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله
تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير ما في الكتاب بل ذلك التقدير راجع الى أخرى نعم الجار
والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما
في ذمته من الدرهم ثم اذا استحق العقارتين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف لا فرق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتم

وقوله (ولا تذكر الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولئك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكره وبالأجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكره عند أبي يوسف مكره وعند محمد رجيح ماله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تذكر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالإخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة في ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما در المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه والثالثة فائدة سوى (٥٠٠) ما نبيه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر حتى زيادة

قال (ولا تذكر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولا يوجب أن يثبت الحق فلا يبعد ضرر أو على هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

مسائل متفرقة

قال (إذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض فتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تنفرد الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الآن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواهمى لكل بعض غنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريقات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقي دانايرو عن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتر كان في أن يعا الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيه العدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهوره ومن يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بياناً وشراً للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تذكر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذ من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولئك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكره وبالأجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكره وعند أبي يوسف مكره وعند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تذكر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالإخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالأجماع والاختلاف في قوله وهو مكره وبالأجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأياً ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الأول

ضرر التفتيش فإن أخذ المالك منه ضرر وضرر التفتيش زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار أو بعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهم ما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن ساق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

مسائل متفرقة (قوله يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يجبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لمافية من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الادار الى البائع (وان كان له فيه نفع يعود العهد الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أى في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى (يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للشترى في أى جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (٤٥١) (وتسليم الاب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحل والصغير في استحقاق الشفعة

كالأكبر لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أو أبويه ثم وصيه ثم الوصى الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفيعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لمافية من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه يعود العهد على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشترى في أى جانب كان وهو المروى عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلم يلا الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تلك بالثمن فيمنزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جازع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهم ما شرعوا به جوار دار الصبي فلم يطلبوا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدبته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرازا به ولهما أنه في معنى التجارة فيمكن ان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصى

فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فالاختلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومجلس المجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً وعند محمد وزفر رحمه الله لا يصح منه التسليم أصلاً وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمه الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدبته) وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرازا به ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه في معنى التجارة لانه تلك العين فيمكن كانه يوضحه أنه لو أخذها الولى بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا أسلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهد بخلاف البيع منه ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أى المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحل الخ) أقول لم يذ كر الحل فيما تقدم يعنى في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمه الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشر و ح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس المجلس القاضي) أقول يعنى في محل الخصومة الخ

وقوله (ولانه دائر) دليل اخر (٤٥٣) يتضمن الجواب عن الدية والقدولان النظري هـ. هذا قد يكون في تركه ليقى الثمن

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فملكه
وسكونهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما
لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ
فلا يملك التسليم كالأجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي خنيفة انه لا يصح التسليم
منهما أيضا لرواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكر وهما الخ فلاقن القطع يكون الأول مكر وهما لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة
السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض
من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لا يبطال حق الشفعة لأبأس به أما قبل
وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما
قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على
قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام
قاضيان في فتاواه ذكر محمد درجة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر
الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكرهه على قول محمد تكرهه وهذا بمنزلة الحيلة لمنع
وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكرهه وقال بعض المشايخ
تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتمال لا يبطال حق واجب
وقيل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ
الامام شمس الأئمة السرخسي لأبأس بالاحتيال لا يبطال حق
الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فسلامة
كل تركها اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب
الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتمال ارفع
الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر
ما ذكر في الكتاب دليل على هذا
الى هنا لفظ فتاوى قاضيان

م

5505

ثم الجزء السابع من تكملة فتح القدير وبلية الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة

على ملكه بخلاف الدية
والنود فان تركه كما تركه
بلا عوض فيكون اضرارا
به وقوله (وسكونهما
كابطالهما) لما كان ما ذكر
من الدليل مختصا بالتسليم
أردفه بقوله وسكونهما
كابطالهما (لكونه دليل
الاعراض وهذا اذا بيعت
بمثل قيمتها) أو الغبن البسيط
من المثل (فان بيعت بأكثر
من قيمتها) بغبن فاحش (قيل
جاز التسليم بالاجماع)
يعني من غير خلاف لمحمد
وزفر لانه تمحض نظرا وقيل
لا يصح بالاتفاق (وهو
الاصح) لانه لا يملك الاخذ
فلا يملك التسليم (كالأجنبي)
فيكون الصبي على حقه
اذا بلغ (وان بيعت بأقل من
قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي
خنيفة لا يصح التسليم)
منهما ما اذا لم يصح عنده
لا يصح عند محمد وزفر أيضا
لانهم مالم يربا تسليما اذا
بيعت بمثل الثمن فلا ن لا يربا
اذا بيعت بأقل بمحابة كثيرة
أولى وانما خص قول أبي
خنيفة رحمه الله بالذكر لان
المحابة الكثيرة لا تخرجها
عن كونها بمعنى التجارة
ولهما ولاية الامتناع عن
الاستبراء في مال الصغير
ولكن قال لا يصح التسليم
في هذا لان تصرفه مافي

ماله انما يكون بالنهي هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولارواية عن أبي يوسف) لانه
كان مع أبي خنيفة في جهة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

في فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
باب اقرار المريض	٢
فصل في بيان الاقرار بالنسب	١٣
(كتاب الصلح)	٢٢
فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ	٣٠
باب التبرع بالصلح والتوكيل به	٣٨
باب الصلح في الدين	٤٠
فصل في الدين المشترك	٤٦
فصل في التخرج	٥٢
(كتاب المضاربة)	٥٧
باب المضارب يضارب	٧٠
فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ	٧٣
فصل في العزل والقسمة	٧٤
فصل فيما يفعله المضارب	٧٨
فصل آخر	٨٣
فصل في الاختلاف	٨٦
(كتاب الوديعة)	٨٨
(كتاب العارية)	٩٩
(كتاب الهبة)	١١٣
باب الرجوع في الهبة	١٢٩
فصل ومن وهب جارية الاجلها الخ	١٣٩
(كتاب الاجارات)	١٤٥
باب الاجرمي يستحق	١٥٢
فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة الخ	١٦٣
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها	١٦٤
باب الاجارة الفاسدة	١٧٤
باب ضمان الاجير	١٩٠
باب الاجارة على احد الشرطين	٢٠١
باب اجارة العبد	٢١١
باب الاختلاف في الاجارة	٢١١
باب فسخ الاجارة	٢١٩
مسائل منسوبة	٢٢٤
(كتاب المكاتب)	٢٢٥
فصل في الكتابة الفاسدة	٢٣٤
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٢٤٢
فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ	٢٤٩
فصل واذا ولدت المكاتب من المولى الخ	٢٥٣
باب من يكاتب عن العبد	٢٦١
باب كتابة العبد المشترك	٢٦٣
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٢٧٠
(كتاب الولاء)	٢٨٠
فصل في ولء الموالاة	٢٨٨
(كتاب الاكراه)	٢٩٢
فصل وان أكرهه على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ	٢٩٧
(كتاب الحجر)	٣٠٩
باب الحجر للقساد	٣١٤
باب الحجر بسبب الدين	٣٢٤
(كتاب المأذون)	٣٣٢
فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ	٣٥٧
(كتاب الغصب)	٣٦٠
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	٣٧٥
فصل ومن غصب عينا فغيها الخ	٣٨٦
فصل في غصب مالا يتقوم	٣٩٧
(كتاب الشفعة)	٤٠٥
باب طلب الشفعة والخصومة فيها	٤١٨
فصل في مسائل الاختلاف	٤٢٤
فصل فيما يؤخذ به المشفوع	٤٢٧
فصل واذا بنى المشتري فيها أو غرس الخ	٤٣٠

صيفة

صيفة

٤٣٥ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

٤٤٣ باب ما يبطل به الشفعة

٤٤٨ فصل واذا باع دارا لامقدار ذراع منها الخ

٤٥٠ مسائل متفرقة

﴿تنت﴾